

2274

8546

361

2274.8546.361

al-Sarrāf

al-Mas'ūliyah al-'aqliyah

[illegible]

Princeton University Library



32101 074326313

UAR - 5804. al - 3 arrāf,

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المفارن

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة لل مناقشة العلنية في ٣ مايو ١٩٥٤

من

عباس حسن الضراف

لجنة الحكم :

الأستاذ الدكتور سليمان مرقص رئيساً

الأستاذ الدكتور محمد علي عرفه
الأستاذ الدكتور محمد سامي مدكور

عضوين

مطابع
دار الكتاب العربي بمصر
محمد علي النياوي

al-Sarrāf, Albās Hasan

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

al-Mas'ūliyah al-aqdiyyah

المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المفارن

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة للمناقشة العلنية في مايو ١٩٥٤

من

عباس حسن الصراف

لجنة الحكم :

الأستاذ الدكتور سليمان مرقص رئيساً

الأستاذ الدكتور محمد علي عرفه
الأستاذ الدكتور محمد سامي مدكور

عضوين

مطابع

دار الكتاب العربي بمصر

محمد علي النياوي

الفهرست التحليلي للرسالة

صفحة

المقدمة	
١ — عرض مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير	١
٢ — ضرورة دراسة هذه المشكلة	١١
٣ — تحديد موضوع المسؤولية العقدية عن فعل الغير	١٤
عموميات — معنى المسؤولية العقدية عن فعل الغير	١٤
(أ) : كلمة حول المسؤولية عموماً	١٥
(ب) : المسؤولية العقدية	١٧
(ج) : الخطأ في المسؤولية العقدية	٢٠
نقد نظرية الإلزام بنتيجة والإلزام بوسيلة	٢٤
الخلاصة فيما يتعلق ببحث الخطأ	٣١
(د) : فعل الغير	٣٥
(هـ) : المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي والمسؤولية العقدية	
عن فعل الغير	٣٥
(و) : المقصود « بالغير » مرتكب الفعل	٣٧
(ز) : خاتمة المقدمة	٣٨

8-6-65 PL-480

الكتاب الأول

القواعد العامة للمسؤولية العقدية عن فعل الغير

تقديم	٤٠
الباب الأول — لمحة تاريخية عن مبدأ المسؤولية العقدية	
عن فعل الغير في القانون المقارن	٤١
الفصل الأول — المبدأ في القانون الروماني	٤٢
الفصل الثاني — المبدأ في العصور الوسطى والقانون الفرنسي	٤٨
الفرع الأول — في العصور الوسطى	٤٨
الفرع الثاني — في القانون الفرنسي	٤٩

2274.8546.361

صفحة

الفصل الثالث — المبدأ في التشريعات الألمانية والسويسرية ٥١

الفرع الأول — في التشريع الألماني ٥١

الفرع الثاني — في التشريع السويسري ٥٤

الفصل الرابع — المبدأ في الشريعة الإنجليزية والشريعة الإسلامية . . . ٥٦

الفرع الأول — في الشريعة الإنجليزية ٥٦

الفرع الثاني — في الشريعة الإسلامية ٥٨

الفصل الخامس — تأريخ مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانونين

المصري والعراقي ٧٠

الفرع الأول — في القانون المصري ٧٠

الفرع الثاني — في القانون العراقي ٧١

الباب الثاني — الأساس القانوني لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير

تمهيد : خطورة دراسة وتحديد هذا الأساس ٧٣

الفصل الأول — الأساس القانوني في التشريعات التي لم يورد المشرع

فيها نصاً عاماً ٧٥

الفرع الأول — في مجموعة النظريات التي ترجع الأساس القانوني إلى

الخطأ الشخصي ٧٥

المبحث الأول — نظريته قرينة الخطأ ٧٥

نقد هذه النظرية ٧٦

المبحث الثاني — نظرية الإلزام بنتيجة ٧٨

نقد هذه النظرية ٧٩

المبحث الثالث — نظرية « ييكه » في القوة القاهرة ٨٢

نقدها ٨٦

المبحث الرابع — نظرية « مازو » في النيابة ٩١

نقدها ٩٣

الفرع الثاني — في مجموعة النظريات التي تطرح الخطأ كأساس للمسؤولية

العقدية عن فعل الغير

صفحة

المبحث الأول — نظرية تحمل التبعة	١٠٣
تقدها	١٠٤
المبحث الثاني — نظرية الضمان الضمى	١٠٥
تقد هذه النظرية	١٠٨
المبحث الثالث — نظرية الضمان القانونى	١٠٩
تقدها	١١١

الفرع الثالث — مشكلة الأساس القانونى فى التشريعات التى لم يورد فيها

المشرع النص العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير	١١٢
---	-----

الفصل الثانى — الأساس القانونى فى التشريعات التى جاء المشرع فيها بنص عام

الفرع الأول — النظريات التى قيلت على أساس النيابة	١١٨
المبحث الأول — نظرية DREYER	١١٩
المبحث الثانى — نظرية العضو	١٢٠
المبحث الثالث — نظرية الأداة	١٢١

الفرع الثانى — نظرية تحمل التبعة وفروعها

المبحث الأول — نظرية تحمل التبعة	١٢٢
المبحث الثانى — نظرية قسط التأمين	١٢٤

الفرع الثالث — نظرية الإلتزام بنتيجة وفروعها

المبحث الأول — نظرية التعهد المجرد	١٢٥
المبحث الثانى — نظرية الإلتزام النوعى	١٢٦

الفرع الرابع — نظرية سالى فى الضمان الضمى

الفرع الخامس — الحائمة فى بيان الأساس السليم فى هذه التشريعات

الباب الثالث — العلاقة بين المسئولية العقدية عن فعل الغير
والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير .

الفصل الأول — أثر الخلاف حول وحدة الخطأ وتعددته على المشكلة	١٣٤
الفصل الثانى — نظرية الحيرة وأثرها على المسئولية عن فعل الغير	١٤٠
الفرع الأول — وضع مشكلة الحيرة فى القانونين المصرى والفرنسى	١٤١
الفرع الثانى — وضع مشكلة الحيرة فى القانونين الألمانى والسويسرى	١٥٠

صفحة

- الفرع الثالث — أثر الخيرة على المسؤولية عن فعل الغير . . . ١٥١
الفصل الثالث — شروط الإعفاء من المسؤولية عن فعل الغير . . . ١٥٥
حدود هذه الشروط ١٦٠
آثارها ١٦١

الباب الرابع — الحدود الخارجية للمبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير

الفصل الأول — المسؤولية العقدية عن فعل الغير في فترة تكوين وإنهاء العقد في ألمانيا وسويسرا

- الفرع الأول — المسؤولية العقدية في فترة تكوين العقد . . . ١٦٣
المبحث الأول — المسؤولية عن فعل التابع ١٦٧
المبحث الثاني — المسؤولية عن النائب القانوني . . . ١٦٧
المبحث الثالث — المسؤولية عن الوكيل ١٦٩
الفرع الثاني — المسؤولية بعد انتهاء العقد ١٧٢
الفصل الثاني — مشكلة المسؤولية العقدية في فترة تكوين العقد
في مصر وفرنسا ١٧٣
الفرع الأول — المسؤولية عن النائب القانوني . . . ١٧٤
الفرع الثاني — المسؤولية عن الوكيل ١٧٧

الكتاب الثاني

في قواعد تطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير

الباب الأول — شروط تطبيق المسؤولية العقدية عن فعل الغير

- الفصل الأول — الشرط الأول — قيام الرابطة العقدية . . . ١٨٣
الفرع الأول — نطاق تطبيق المواد الخاصة بالمسؤولية العقدية
عن فعل الغير ١٨٤
الفرع الثاني — اشتغال العقد على التزام لم يتم الوفاء به . . . ١٨٨

صفحة

١٩٢	الفصل الثانى — الشرط الثانى — وجوب ارتكاب «الغير» للخطأ العقدى
١٩٣	عدم ارتكاب المدين للخطأ العقدى
١٩٥	خطأ الغير فى أثناء تنفيذ الالتزام العقدى
	الفصل الثالث — الشرط الثالث — أن يعهد المدين إلى الغير أمر تنفيذ
٢٠٣	الالتزام أو أن يسمح له بممارسة حقوقه هو

الباب الثانى — الحدود الداخلية للبدا العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير من حيث الموضوع

	الفصل الأول — المسئولية العقدية عن فعل الغير بمناسبة تنفيذ الالتزام
٢٠٨	فى القانونين الألمانى والسويسرى
٢٠٨	الفرع الأول — المشكلة فى القانون الألمانى
٢١٠	الفرع الثانى — المشكلة فى القانون السويسرى
٢١٤	الفصل الثانى — وضع المشكلة فى فرنسا وفى مصر

الباب الثالث — الحدود الداخلية للمسئولية العقدية عن فعل الغير من حيث الأشخاص

٢٢٣	الفصل الأول — مسئولية المدين عن الأعوان
٢٢٨	الفصل الثانى — البدلاء الذين يسأل عنهم المدين
	الفرع الأول — فى مسئولية المدين عن نائبه القانونى عند تنفيذ
٢٣٢	الالتزام
٢٣٤	الفرع الثانى — فى مسئولية المدين عن الوكيل فى التنفيذ
٢٣٧	الفصل الثالث — مسئولية الشخص المعنوى

الباب الرابع — تطبيقات مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى العقود المختلفة

٢٤٠	١ — فى الإيجار
٢٤٥	٢ — فى عقود المقاولة
٢٤٦	٣ — فى الوديعة

مقدمة

في المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن

يجرى عرف المشتغلين بكتابة رسائل الدكتوراه في الحقوق على تقسيم الموضوع الذي يعالجون ، حسب التقسيم التقليدي القائم على مقدمة وكتابين ، وجريا على هذا التقليد أقوم بعرض هذه المقدمة للتعريف بمشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، ومبيناً مدى أهمية دراستها ، ثم معقباً الكلام في تحديد موضوع هذه المسؤولية . وقد تعرضت إلى دراسة مسائل في المسؤولية اعتقد أنها تتصل اتصالاً وثيقاً بمشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير لكي أجلو بعض المبادئ التي يجب أن تقوم عليها قواعد هذه المسؤولية .

وعلى هذا سأعالج في هذه المقدمة دراسة المسائل الثلاث الآتية :

- ١ — عرض مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير .
- ٢ — أهمية دراسة الموضوع من الناحيتين النظرية والعملية .
- ٣ — تحديد موضوع هذه الدراسة .

١ — عرض مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير

تنص المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري الجديد على أن « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون » . وقد أخذ هذا النص عن المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي بنصها المشهور « الاتفاقات المعقودة وفقاً للقانون تقوم مقامه بالنسبة لعاقديها » .

وإلى جانب هذين النصين يقوم نص المادة (١١٥) من القانون الجديد الذي يقضى بأنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه

بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر في تنفيذ التزامه^(١) .

ونص المادة (١١٤٧) من القانون الفرنسى الذى يقضى بأنه " يحكم على المدين بتعويض إذا كان لذلك محل أما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر فى التنفيذ ، وذلك فى جميع الأحوال التى لا يستطيع فيها — أى المدين — أن يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ولم يكن على أية حال سبباً النية " .

وواضح جداً أن النصين الأولين فى كل من القانونين المصرى والفرنسى يعربان عن المبدأ العام فى إلزامية العقود : كل مدين يلتزم بالعقد ويجب عليه أن يقوم بتنفيذ الالتزام الذى ألتقى على عاتقه بذلك العقد^(٢) . وبالجمع بين نصى المادتين (١٤٧ ، ٢١٥) من جهة وبين نص المادتين (١١٣٤ ، ١١٤٧) من جهة أخرى يتضح لنا أن المدين ملزم لما تعاقده ، ويجب عليه أن ينفذ الالتزامات الناشئة عن العقد ما لم يثبت أن عجزه عن التنفيذ كان لسبب خارج عن إرادته .

وتجمع مختلف التشريعات على أن السبب الأجنبي الذى لا يد للمدين فى أحدائه هو أحد الأسباب الآتية :

١ — القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

٢ — فعل الدائن نفسه .

(١) م ١١٩ من القانون القديم ، م ٢٨٠ — ٢٨٢ من القانون الألمانى ، م ٩٧ من قانون الالتزامات السويسرى . مع الإشارة إلى أن هذه القوانين تختلف عن قوانين المثل من حيث الصياغة فيما يتعلق باستقراط ركن الخطأ بصورة واضحة كركن من أركان المسؤولية وسنعود إلى دراسة هذا فيما بعد .

(٢) ولعل هذا بالضبط هو السبب الذى دفع المشرع المصرى للقانون القديم إلى عدم النص على هذا المبدأ العام فى إلزامية العقود بنص خاص ، وذلك لوضوحه وبدايته . وبالرغم من عدم النص فى القانون القديم فإن القضاء المصرى جرى على إثباته على الدوام (ستيقاني : دروس فى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ألقيت على طلبة الكفوراه لسنة ١٩٤٨/١٩٤٩ ص ٤ ، وحسين عامر : القوة الملزمة للعقد . القاهرة ١٩٤٩ ص ٩ وما بعدها .

٣ — فعل الغير .

وإذا كان لا يصعب في غالب الأحوال استجلاء القوة القاهرة أو الحادث الجبرى أو فعل نفس الدائن ليعنى المدين من تبعه الحكم عليه بتعويض عن عدم تنفيذه للالتزام ، فإن الصعوبة قد تشور فيما يتعلق بأفعال الغير .

ويجربى القول عادة بأن هناك ثلاثة عناصر أو أركان يجب اجتماعها لقيام المسؤولية : الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر . فإذا تدخل أحد الأغيار في العلاقة القانونية القائمة بين الدائن والمدين ، وتنج عن تدخله عدم استطاعة هذا الأخير تنفيذ الالتزام الواجب عليه تنفيذه لمصلحة الدائن ، ومع أنه نفسه لم يرتكب إطلاقاً أى فعل يمكن أن ينسب له به أيما خطأ ، وكان لهذا « الغير » علاقة على نحو ما بالمدين نفسه ، فهل يمكن أن نتردد والحالة هذه في وجوب القول بمسؤولية المدين العقدية ؟ أو على الأقل ألا يجب علينا أن نستند إلى نص قانونى يمكن أن تعتمد عليه لإثبات هذه المسؤولية قبل المدين ؟ وما هى هذه المسؤولية ؟ ما طبيعتها ، وما هو مداها ، وما مقدار اتصالها بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ؟ وما هو موقف التشريعات المختلفة من هذه المسألة ؟ .

أمين نقل تعهد بأن ينقل بضائع معينة من جهة لأخرى ، رجع إلى ربان أو مجهز سفينة أو متعهد نقل آخر لإتمام أو لتنفيذ التزامه بنقل البضائع ، وبسبب فعل أحدهم تلفت هذه البضائع . هل يسأل متعهد النقل الأول عن فعل « الغير » الذى عهد إليه بالتنفيذ فيحكم عليه بدفع تعويض مناسب لمالك البضائع الدائن أم يجبر هذا الأخير على محاسبة « الغير » ، وهو الفاعل المباشر ؟ مستخدم أو ولد للمستأجر أشعل النار فى المأجور ، هل تقوم مسؤولية المستأجر فى هذه الحالة لصالح المؤجر ولماذا ؟ .

متعهد تعهد بصنع شئ معين فى بحر مدة معينة ونظراً للإضراب الذى حصل من عماله فى المصنع لم يستطع الوفاء بالتزامه لصالح المتعهد له بالشئ موضوع الالتزام ، هل يمكن أن يقال أن الإضراب سبب أجنبى لا يد للمتعهد

فيه أم أن الأمر ليس على هذا النحو فتقرر مسئوليته عن أفعال هؤلاء العمال بالإضرار ؟ أو لو أن صاحب المصنع هذا كان قد تعهد بتسليم كمية معينة من البضائع ولم يستطع الوفاء بذلك في الوقت المحدد وبالرغم من أنه شخصياً لم يرتكب أى خطأ ، بل على العكس كان قد حسب حساب الوقت والمال وكل شيء ولكن الذى حصل أن عماله ومستخدميه قد أخطأوا أثناء التسليم فعطبت البضاعة . ما هو الحكم في هذه الحالة هل يسأل صاحب المصنع مع أن كل ما حصل كان قد وقع دون خطئه بل أن الخطأ كان من جانب العمال ، أم هل يستطيع صاحب المصنع أن يدعى المتعهد وجود السبب الأجنبي الذى لا يد له فيه (١) ؟

دخل مريض عيادة خاصة لأحد الأطباء ، فما هو مدى مسئولية الطبيب عن فعل مساعديه أو عن فعل طبيب آخر أقامه مقامه في علاج المريض إذا سبب له أحد هؤلاء أضراراً ما ؟

زيد استأجر حصاناً ثم أعاره إلى صديق له وبفعل هذا الأخير نفق الحصان . هل يسأل زيد قبل المالك المؤجر وكيف ؟ أم أن المالك يرجع على الصديق فحسب للحصول على التعويض ؟

ساعاتى تعهد بتصليح ساعة لأحد زبائنه في منزل الزبون ، فأرسل لهذا الغرض عاملاً ، وفي أثناء التصليح أحرق العامل سجادة في بيت الزبون ، هل يسأل الساعاتى عن ذلك ويدفع التعويض على أساس المسئولية العقدية ؟

تعهد شخص بأن يزين غرف عميل له بقماش ما ، فأرسل إليه عمالاً يقومون بهذا العمل ، وقع أحد هؤلاء العمال على مرآة فكسرها ، ورمى الشاني سيجارة أحرقت إحدى السجاجيد ، ما هو مدى مسئولية رب العمل في مثل هذه الأحوال (٢) ؟

(١) هذا المثل مضروب في : مهجت بدوى رسالة باريس ١٩٢٩ ص ٥٥ .

(٢) الأمثلة الثلاثة الأخيرة من بيكيه Becque : مقال المسئولية العقدية عن فعل الغير ، المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩١٤ ص ٢٥٦ وما بعدها .

هذه أمثلة كافية تبين مدى أهمية الوصول إلى حل قاطع حاسم في مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

وفي الواقع أن مختلف التشريعات قد عاجلت بعض هذه الحالات وقررت لها الحلول المطلوبة بما في ضمنها تلك التشريعات التي لم تكن إلا بإيراد نصوص خاصة تحكم المسؤولية العقدية عن فعل الغير . على أن الأمر قد يشكل عندما تعرض أمامنا حالة لا نص يحكمها في التشريعات التي أوردت تلك النصوص الخاصة دون النص على المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، فيتجه الرأي حينذاك إلى الاجتهاد وعند ذاك تختلف الأحكام ويحتمل الجدل . وهذا ما حدث فعلاً ، إذا استقرأنا الظروف التي تطورت فيها عبر الزمن مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، إلى أن استقرت الحلول في البلاد التي أدرك فيها المشرع الحاجة إلى النص على مبدأ عام يحكم المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وهو ما حدث في ألمانيا وسويسرا وبولونيا وفي كثير من التشريعات الحديثة وما جاء به أيضاً التشريع المصري الجديد وتبعه التشريع المدني العراقي الجديد .

وسنحاول فيما نقبل عليه من دراسة أن تعمق في دراسة المشكلة محاولين أن نصل إلى أحكام تستند إلى النصوص وإلى المبادئ العامة معاً .

ولكننا نلاحظ هنا أن الدقة في تلك المشكلة كانت ترجع — كما يبدو لنا — إلى أن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير لم يكن مقرراً صراحة وبنص عام في القانون المدني المصري القديم ولم يقرر حتى الآن في القانون المدني الفرنسي وفي كثير غير هذين التشريعين من التشريعات الأخرى كالقانون اللبناني مثلاً هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى إلى اختلاط وضع المسؤولية العقدية عن فعل الغير بأوضاع قانونية ثانية اختلاطاً شديداً كثير الحساسية . فالمسؤولية العقدية عن فعل الغير ترتبط ارتباطاً وثيقاً بوضع القوة القاهرة أو الحادث الجبرى من جهة وتعارض المبدأ العام الأساسي في وجوب الخطأ الشخصي كركن من أركان المسؤولية على العموم من جهة أخرى .

وإذن فالمسألة تتحدد كالآتي : — هل أن كل شخص — عدا المتعاقدين — إذا ما تدخل في تنفيذ الالتزام وسبب بتدخله هذا استحالة ذلك التنفيذ دون وقوع أى خطأ من جانب المدين ، يمكن اعتباره أجنبياً عن هذا الأخير وبالتالي لا يسأل المدين عن النتائج التي ترتبت على عدم التنفيذ ، لم يجب أن نفرق في هذا الشأن وفي طائفة الإغيار ، بين ذلكم الإغيار الأجانب بالمعنى الفني المعروف لهذه الكلمة وبين قسم منهم لا يمكن اعتبارهم أجانب بالنسبة للمدين ويجب عند ذاك أن يسأل عن أفعالهم فيما يتعلق بتدخلهم في تنفيذ الالتزام ؟ ثم أولئك الذين يشاركون المدين في ممارسة الحقوق التي اكتسبها من عقود عقدها بنفسه ، أي يمكن اعتبارهم من الإغيار الأجانب عند ما يحلون بالالتزام الذي يفرضه العقد على المدين عند ممارسة الحقوق الممنوحة له بموجب تلك العقود ، أم على العكس من هذا هل يعتبر المدين مسؤولاً عن أفعالهم ؟ وإذا قلنا بالإيجاب فعلى أى أساس قانوني يمكن أن يستند هذا القول ؟ .

لقد عرضنا آنفاً أنه لم يوجد لا في القانون الفرنسي ولا في القانون المصري القديم نص عام : نص صريح وواضح على المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وعلى العكس من هذا نجد أن القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري قد عني كل منها بالنص على المبدأ العام لهذه المسؤولية . فالمادة (٢٧٨) من القانون الألماني تنص على أن « المدين مسئول عن تقصير نائبه الشرعي . وتقصير الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ تعهده كما لو كان ذلك ناتجاً عن تقصيره الشخصي » . وبهذا المعنى أيضاً قضت المادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسري التي أضافت إلى طائفة الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين هؤلاء الذين يشاركونه الانتفاع بالحقوق المقابل للالتزام فنصت على أن « كل من يعهد ، ولو بصورة شرعية ، إلى مساعديه ، كالأشخاص الذين يعيشون معه أو مستخدميه أمر العناية بتنفيذ التزامه ، يكون مسؤولاً في مواجهة المتعاقد الآخر عن الضرر الذي يسببه هؤلاء في انجاز مهمتهم^(١) . وكل ما عمله القانون الفرنسي والقانون المصري .

(١) كذلك نص القانون البولوني في المادة ٢٤١ على أن المدين لا يمكنه أن يتمسك بأن شخصاً آخر هو الذي كلف بتنفيذ الالتزام حتى ولو كان ذلك بصورة قانونية ، ولا بأن الالتزام =

القديم وغيرهما من القوانين كالقانون اللبناني مثلاً أنها أوردت نصوصاً متفرقة تحكم حالات خاصة ينطبق فيها المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(١) ومن هنا ينبعث الإشكال بالنسبة للحالات التي تعرض في العمل وليس لنا من حيلة في إدراجها تحت نص يحكمها من هذه النصوص المتفرقة .

وقد كان القضاء وخاصة في فرنسا ينجح إلى تطبيق المادة (١٣٨٤) من القانون الفرنسي ، التي تضع المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، في أحوال مسؤولية المدين عن أفعال من يسأل عنهم في عقد من العقود . وكان هذا هو موقف القضاء البلجيكي من هذه المسألة ولا يزال^(٢) . كما كان هذا أيضاً موقف القضاء السويسري في المناطق التي كانت محكومة بالقانون الفرنسي قبل صدور التشريع المدني السويسري^(٣)

وقد أيد بعض الشراح في فرنسا هذا القضاء كأوبري ورو (جزء ٤ ص ١٦٧ نبذة ٣٣) وبودري وبارد (جزء ١ نبذة ٤٥٥) وديمولب (جزء ٢٤ نبذة ٥٥٨) .

إلا أن هذا القضاء كان عرضة لنقد شديد من جانب الفقه ، فذهب أغلب الفقهاء إلى عدم جواز تطبيق هذه المادة (١٣٨٤) على العلاقات التعاقدية ، وبالتالي إلى عدم الأخذ بها لترتيب مسؤولية المدين عن أفعال تابعة عندما يتدخل هؤلاء في تنفيذ الالتزام العقدي .

نعم : يجب عدم تطبيق حكم هذه المادة على أشخاص ارتبطوا بحكم العقد ،

= المتعاقد عليه بإسمه كان يجب أن ينفذ بواسطة نائبه القانوني فهو يسأل عن أفعال أو امتناع هؤلاء الأشخاص كما لو كان ذلك هو فعله أو امتناعه . ونص القانون المراكشي على هذا في المادة ٢٣٣ والقانون التونسي في المادة ٢٤٥ منه .

(١) في القانون الفرنسي نجد المواد ١٧٥٣، ١٧٣٥، ١٧٧٢، ١٧٩٧، ١٩٥٣ تنص على حالات خاصة أي تطبيقات لهذا المبدأ بالإضافة إلى نص المادة ١٢٤٥ الذي هو نص عام لحالات معينة ينطبق فيها مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ثم نجد المادتين ٩٩ ، ٢١٦ من القانون التجاري الفرنسي كمطابق لهذا المبدأ أيضاً أما في مصر فنجد المواد ٣٧٨/٤٦٣، ٤١٣/٥٠٥، ٢٠/٥٣٦ وغيرها في القانون القديم .

(٢) راجع فان رين Lan Ryn رسالة بروكسل ١٩٣٠ ص ٤٣ - باريس سيري ١٩٣٣

(٣) بازولا Bazzola رسالة جنيف ١٩٣٧ ص ١٩

فإذا واجهنا هذه المسؤولية عن طريق المادة (١٣٨٤) فإن هذا ليؤدى إلى اضطراب الحلول ، وعلى الأخص فيما يتعلق بتحديد الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين من جهة ، وفيما يتعلق بصحة اشتراطات عدم المسؤولية من جهة أخرى (١) ، وكتب سافاتيه يقول : « للحكم بهذه المسؤولية ، المسؤولية العقدية من فعل الغير — كانت المحاكم تجرى إلى المادة (١٣٨٤) أحيانا ، تلك المادة التى تجعل المتبوع مسؤولا عن أعمال تابعيه ، وهذا خلط ، فالنص غريب عن المسؤولية العقدية (٢) » .

وللبحث عن وسيلة أخرى لاثبات هذه المسؤولية — فى كل الأحوال — على عاتق المدين لجأ أغلب الشراح إلى القول ببساطة بأنه يمكن تقرير وجود المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير فى القوانين التى لم ترد فيها سوى تطبيقات لهذا المبدأ وحسب ، ولو كان هذا عن طريق الافتراض بأن تلك القوانين عندما عرضت لهذا المبدأ فى نصوص متفرقة كانت قد أقرت ضمنا بوجود هذا المبدأ العام كمهيمن على كل حالة تعرض فيها مشكلة من مشاكل المسؤولية العقدية عن فعل الغير (٣) .

وقد لا نجد عند هؤلاء الشراح إلا النقاش الحاد حول الأساس القانونى الذى يمكن أن يقوم عليه هذا المبدأ العام فى هذه القوانين ، وفى هذا يقول

(١) بلانيول وريبير ١٩٣٠ جزء ٧ نبذة ٨٤٥ ص ١٧١

(٢) سافاتيه : دروس فى القانون المدنى الفرنسى ج ٢ ، ص ١٧٢ . وراجع أيضاً بهجت بدوى المرجع السالف الذكر ص ٥٥ ، ويكيه : المرجع السالف الذكر ص ٢٥٢ ، ورينو : رسالة باريس ١٩٢٣ ص ٩ ومازو : المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ج ١ ص ٨٨٢ طبعة ١٩٤٧ الرابعة . وقد حكمت فى صالح هذا رأى محكمة النقض المصرية فقررت فى ١٨ / ١١ / ١٩٤٨ : أن القانون المدنى قد أورد فى أحكام الإحارة حكماً خاصاً بمسؤولية المستأجر عن الشيء المؤجر جرى به إس المادة ٣٧٨ (يقابلها المادة ٥٩١ جديد) وهو يقضى بمسؤوليته عن التلف الحاصل بفعله أو بفعل مستخدميه أو بفعل من كان ساكناً معه أو بفعل المستأجر الثانى . وهذا النص يرتب على المستأجر مسؤولية خاصة عن فعل الغير ليمت هى المسؤولية العامة المقررة فى المادة ١٥٢ بل تختلف عنها فى مداها وشرائطها ، فخصر مسؤولية المستأجر فى حدود المادتين ١٥١ ، ١٥٢ وحدها يكون مخالفاً للقانون » نقض رقم ٨١ سنة ١٧ القضائية بمجموعة محمود عمر ٥ ص ٦٥٨ رقم ٢٣٨

(٣) وهؤلاء هم الذين ذكرناهم فى الهامش أعلاه . وبهجت بدوى : أصول الالتزامات

نبذة ٣٢٢ ص ٤٥٧ . وسليمان مرقص : رسالة القاهرة ١٩٣٦ ص ٤١٠

الأستاذان مازو : لم يتردد أحد أبداً في جعل المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ من فعل شخص مكلف بتنفيذه بصورة قانونية . فالضرورات الاقتصادية لا تسمح بالنقاش والجدل في هذا الشأن . إذ كيف يمكن أن يتخيل المرء أن يعفى صاحب المصنع ، الذي تعهد بتسليم شيء ما فسله معيباً ، من المسؤولية بحجة أنه ليس هو الذي قام بصنع هذا الشيء وإنما العامل الذي استخدمه هو الذي قد قام بصنعه على هذه الصورة المعيبة^(١)

غير أننا وإن اتفقنا مع الأستاذين مازو في وجوب مساءلة صاحب المصنع في هذه الحالة ، فإن هذا لا يمنعنا من التعقيب بأن إطلاق القول على هذا النحو والأخذ باعتبارات الضرورات العملية والاقتصادية لتزكية الأخذ بهذا المبدأ العام من دون نص صريح عبارة عن تحكم وتجاوز ، إذ يجب لتبرير هذا المبدأ الرجوع إلى نصوص القانون والاستناد إليها وإلى المبادئ القانونية العامة ، كما هو الشأن دائماً عندما نريد أن نؤكّد مبدأ ما تقضى به هذه الاعتبارات العملية والضرورات الاقتصادية الملحة

وفي الواقع أنه ليس من اليسير دائماً الذهاب — كما فعل الأستاذان مازو وغيرهما من فقهاء القانون المدني إلى أن القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري القديم وغيرهما من القوانين التي أغفلت الإشارة إلى نص عام صريح في المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، قد عنيت ولو بطريقة ضمنية غير صريحة بالنص على هذا المبدأ العام . فلم يكن في نية المشرع الفرنسي لعام ١٨٠٤ إطلاقاً كما سنرى ذلك فيما بعد — أن ينص على مبدأ كهذا ، وأن القانون المصري القديم وقد نقل هو بدوره عن القانون الفرنسي لم يكن في وسعه أن يتوصل إلى ما لم يتوصل إليه القانون الأخير .

ثم أن من يتتبع تطور التشريع المدني الألماني ليدرك جيداً أن هذه المشكلة كانت قد أثارت كثيراً من الجدل في ألمانيا قبل أن تستقر في نصوص القانون الألماني لعام ١٩٠٠ . ويؤيد ذلك أيضاً ما يراه أستاذنا المسيو ستيفاني بقوله :

« إن المسؤولية العقدية تفترض أن الضرر الذى تحمله المدين ينتج عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن عقد ، ولكن هل يكفي لقيام هذه المسؤولية أن يصيب الدائن مثل هذا الضرر الذى ينتج من عدم التنفيذ . أليس من الضرورى أيضاً أن يكون منشأ عدم التنفيذ راجعاً إلى فعل المدين نفسه ؟ فإذا كان عدم التنفيذ نتيجة لفعل شخص آخر قام مقام المدين فى التنفيذ ، فهل يستطيع الدائن أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم تنفيذ الالتزام بفعل الغير بتحريك الدعوى العقدية قبل المدين ؟ . إنه من الصعب جداً ومن الدقة بمكان أن نكيف المسؤولية عندما يكون عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى خطأ شخص آخر غير المدين^(١) . »

وفى رأينا ، وهذا ما سنحاول إيضاحه فيما بعد عند دراستنا للأساس القانونى لمبدأ العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، أنه لا يمكن أن يقال ، دون المجازفة بالوقوع فى خطر الإفراط ، إن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير كان مقرراً أو معروفاً ولو بصورة ضمنية فى القانون المصرى القديم وفى غيرهما من التشريعات التى لم تفعل غير الإتيان بتطبيقات لهذا المبدأ فحسب^(٢) ، وذلك للأسباب المتقدمة ولسببين آخرين لهما عظيم الخطر فى هذا الخصوص :

أولاً : قبل كل شيء أن ما يدعى هنا « بالمسؤولية » ليس هو المقصود بالمعنى الفنى لهذه الكلمة فى فقه القانون . أن المشكلة هنا ليست مشكلة مسؤولية بالمعنى الصحيح لهذه الكلمة بل ، فى الحق ، إن المشكلة هنا مشكلة « ضمان » يوضع على عاتق المدين ، وإلا فما هو الضمان إذن ؟ وما هى على الحقيقة طبيعة المسؤولية التى تقوم دون خطأ يقع من جانب المسئول ؟ إذ مما لا شك فيه أنه لا يمكن أن تنشأ المسؤولية على الإطلاق دون ركن الخطأ الذى هو ركن من أركانها الثلاثة ،

(١) ستيغافانى : المرجع السالف ص ٩٧

(٢) على العكس من هذا سأورك . المرجع السالف ص ٢٨٢ ستيغافانى ص ٩٥ وما بعدها .

سليمان صرقس المرجع السابق ص ٤٠٧ . بهجت بدوى رسالة باريس ١٩٢٩ ص ٥٩ وأصول الالتزام ص ٤٥٥ وسالى : النظرية العامة فى الالتزام طبقاً للمشروع الألمانى ص ١٦ . وريبنو : المرجع السالف الذكر ص ٣٥ وما بعدها

فإذا سئل شخص رغماً عن عدم ارتكابه أى خطأ ، فالوضع هنا يختلف عن الوضع الفنى للمسئولية ليتحول إلى وضع « الضمان »^(١) .

ثانياً : ومن المقرر أيضاً أنه لا يمكن أن يفرض أى ضمان على عاتق شخص ما إلا بإرادته هو أو بإرادة الشارع الذى يفرض هذا الضمان فى كل حالة يرى أن فرضه فيها مما تمليه عليه حكمة تشريعه . وإذن فإنشاء مبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير بدون نص تشريعى عبارة عن خلق فقهى لنص يشابه تماماً النص الوارد فى المادة ١٣٨٤/١٧٤ مصرى وهذا مستحيل^(٢) لسبب بسيط هو أن الضرورات الاقتصادية والاعتبارات العلمية لا يمكنها أن تخلق قاعدة قانونية عامة^(٣) .

وقد كفانا المشرع المصرى مؤونة الجدل فى هذا الموضوع فيما يتعلق بالقانون المدنى الجديد وذلك بإيراد نص المادة ٢١٧ فقد دلت الفقرة الثانية من نص هذه المادة — بطريقة دلالة الاشارة — على أنه قد أقر المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . . وسنعالج المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى من الرسالة .

٢ — فى ضرورة دراسة مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير

نخلص مما قدمناه إلى أننا يمكن أن نتصور بسهولة ما لمشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير من خطر ، وما لها من أهمية فى البحث والدراسة ،

(١) فارن أسمان : المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى سنة ١٩٣٣ ص ٦٦٠ نبذة ٩٨ .
يبد أنه يبدو مع ذلك ألا مناس من اختلاط الآثار والأحكام بين هذا الوضع وبين وضع المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، لما بين هذا وذاك من الارتباط الوثيق . وسوف ندرس فيما بعد أسباب هذا الاختلاط وأوجه هذه العلاقة عند دراستنا للعلاقة بين هذين الوضعين . وهذا ما حدا بنا إلى قول تسمية الوضع الذى نرى أنه عبارة عن صورة من صور الضمان ، الذى يلقى على عاتق المدين عن أفعال من يسأل عنهم ، بالمسئولية العقدية عن فعل الغير .

(٢) يذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن نص المادة ١٣٨٤ نص استثنائى يجب أن ينشأ بنص خاص . كولان وكابيتان ج ٢ ص ٣٨٧ وبودرى وبارد ولاكتندى ج ٤ نبذة ٨٩٥ ، وجاردنه سلمون رنقى المسئولية المدنية ١٩٢٧ ص ٤٣٠ .
(٣) رينو : المرجع السالف الذكر ص ٣٨

وهذا ما دفعنا إلى التصدى لعلاج هذه المشكلة في هذه الرسالة واضعين نصب أعيننا إدراك خطورة الضرورات الاقتصادية في ترتيب الأحكام القانونية من جهة ، ووجوب المحافظة على القواعد القانونية العامة والاستناد إليها في ترتيب هذه الأحكام من جهة أخرى .

ولعل من الميسور أن نلاحظ أن خطورة مسألة المسؤولية على العموم أصبحت أبعد من أن تكون خطورة نظرية فحسب . فإن هذه المشكلة أضحت من أكثر المشاكل التي تثير الاهتمام العميق لدى الفقه والقضاء في عصرنا الحديث وقد أصبح من غير المشكوك فيه أن ما من مشكلة جذبت أنظار الفقهاء المعاصرين ووضعت موضع الامتحان روح النقد فيهم ومقدار كفايتهم في الترتيب والتنظيم كمشكلة المسؤولية . لم يكن شيء أكثر منها حدثاً جديداً وأشد منها تعقيداً وأعظم منها ضغطاً وإلحاحاً ولا أزيد منها حيوية . وهي تحت فعل الحياة الحديثة الأكثر تطوراً نحو الآلية ونحو الاتساع تحاول أن تشغل العمود الفقري للقانون المدني وبالتالي كل فروع القانون . . . القانون كله . . . في كل الأحوال وفي جميع الاتجاهات . فإليها يرجع في القانون العام كما يرجع في القانون الخاص ، في نطاق الأشخاص والعائلة كما هي في نطاق الأموال ، وهي في كل لحظة وفي جميع الأوضاع قد أصبحت النقطة الحساسة العامة في جميع أنظمتنا ، وليس هذا فقط بالنسبة للمسؤولية التقصيرية التي توسعت وتوسع نطاقها إلى علاقات لم يكن يتصور فيها مجاوزتها إليها في مدى نصف القرن الماضي . بل وبالنسبة للمسؤولية العقدية التي أخذت طريقها في التوسع بخطى عريضة وخصوصاً في القضاء ، (١) .

« والمسؤولية قد بقيت حتى اليوم مشكلة من مشاكل النظام القانوني بل ومن أكثر هذه المشاكل دقة وخطورة ، وأن تعقيدها وما يتلاقفها من اعتبارات متضاربة هو الذي يجذب إليها أنظار القضاء والفقهاء الأكثر نباهة

(١) جوسران في مقدمته لكتاب Brun في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

وحصافة ، ويمكن أن يقال أنها في مختلف البلاد التي تأثرت بقانون نابليون. هي المشكلة الوحيدة التي تعلق في الحاضر وعلى الدوام جميع النفوس النافذة ،^(١) . وقد درجت مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير على مدارج التطور وتركزت في المجال القانوني عبر العصور تحت تأثير نفس المؤثرات والضرورات الاقتصادية التي أصابت وضع المسؤولية بصورة عامة .

ونلاحظ أن وضع المسؤولية عن الفعل الشخصي في كلا الحالتين العقدية والتقصيرية إنما نضج في العصور الحديثة بعد تطور طويل ، ولكنه كان قد استرعى الانتباه مع ذلك من قديم الزمن ، فالمسؤولية عن الفعل الشخصي عبارة عن الجزاء على مخالفة أحكام قانون العقد لعدم تنفيذ الالتزام المفروض على عاتق المدين ، وعن الجزاء على مخالفة أحكام القانون نفسه للتقصير في تنفيذ الالتزام المفروض على عاتق مرتكب الفعل الخطأ ، من عدم الاضرار بالغير ، فأساسها كما هو واضح يقوم على الخطأ الشخصي ، وإذن كان مما لا بد منه أن تظهر صور تطبيقات هذه المسؤولية عن الفعل الشخصي في نصوص قانونية وأن تأخذ بها القوانين القديمة مضطرة إلى ذلك بحكم منطق سير الأشياء .

أما فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير التي نحن بصددھا فإنھا لم تقرر ولم ينص علیھا بنص عام صریح إلا حديثاً جداً . وذلك كما يقول « ساروك » لأن الحاجة إلى مثل هذا النوع من المسؤولية لم تظهر إلا في وقت متأخر^(٢) . فقد كانت هذه المسألة مرتبطة أشد الارتباط بالطبقة العاملة والعمل ولهذا السبب لم يكن للمسؤولية العقدية عن فعل الغير خطرھا الحال في الزمن الذي لم تتطور فیھ الآلات ولم تتقدم فیھ الصناعة . هذه الأمور التي لم تبدأ في التطور إلا في القرون الأخيرة أو على الأصح في أواسط القرن السابع عشر عند بدأ النهضة الصناعية حيث بدأت مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في الحدة ،

(١) رينيه مارك في مقدمة رسالة فان رين المرجع السالف الذكر : المسؤولية التقصيرية

والعقود سبى ١٩٣٣

(٢) رسالة باريس ١٩٣٤ ص ٣٩ : المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

ووجدت الظروف التي يمكن أن يلقى فيها السؤال عن مدى مسؤولية المتعاقد عن أفعال تابعيه وعماله وعن كل الأشخاص الذين يرتبطون معه بأى علاقة كانت أو أى ارتباط كان ، وهناك جذبت أنظار المشرعين في بعض الدول التي نهضت فيها الصناعة والتقدم التجارى إذ بدت فيها الحاجة ملحة إلى علاج هذه المشكلة ، وشغلت الفقه والقضاء في جميع البلاد بظهور التقدم العظيم للعلم والصناعة الآلية وشيوع المعاملات والتبادل التجارى وكل العوامل التي أدت إلى لجوء المتعاقدين إلى الأغيار يستعينون بهم على تنفيذ التزاماتهم التي أصبح من الصعب عليهم تنفيذها بأشخاصهم فحسب . وبذلك دفعتنا الضرورة الماسة في تيارها لنحاول دراسة مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن .

٣ — تحديد موضوع المسؤولية العقدية عن فعل الغير

عموميات — معنى المسؤولية العقدية عن فعل الغير :

أن ما تعنيه المسؤولية العقدية عن فعل الغير كما قلنا هو مسؤولية المدين في التزام عقدى عن فعل شخص آخر غيره ممن يقومون مقامه في تنفيذ هذا الالتزام أو ممن يساعدون في تنفيذه ، أو عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالاشتراك مع المدين حقاً اكتسبه هذا الأخير بواسطة العقد ، وعلى وجه العموم كل من تربطه بالمدين رابطة قانونية وسلطة المدين على الشيء موضوع الالتزام وموضوع المسؤولية ، وادى سلوك واحد من هؤلاء إلى الإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد على المدين .

والأمثلة على هذا كثيرة : فالعمال والمستخدمون لدى رب العمل عندما يكلفون بالقيام بتسليم شيء ما إلى المدين هم في الحقيقة هم أنفسهم الذين يقومون مقام المدين في التنفيذ ، وكذلك عمال ومستخدمى السكك الحديدية مثلاً إنما يقومون مقام إدارة السكك الحديدية بتنفيذ الالتزام بنقل المسافرين والبضائع من محل إلى آخر ، وهكذا .

وقد يساعد رب العمل في القيام بتنفيذ الالتزام بالتسليم أو بالصنع أو غير ذلك ، عمال ومستخدمون ، وهنا يشترك هؤلاء جميعا مع رب العمل في تنفيذ الالتزام .

وقد يمارس بعض الأشخاص الحق الذي اكتسبه المدين بعقدا ، فالمستأجر يشاركه عادة الانتفاع بالمأجور أولاده وتابعيه وغيرهم من الأشخاص ، وكل هؤلاء يمكن أن تثور بشأن أفعالهم التي تنال المأجور ، مسؤولية المستأجر العقدية لصالح المؤجر .

وهذا هو الحال أيضا بالنسبة لمسئولية المستأجر عن أفعال المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار .

ويجب أن يكون معلوما أنه يفترض في جميع هذه الحالات أن المدين نفسه خال من أى سبب يمكن أن يقضى إلى مسئولية الشخصية بأن لم يرتكب هو نفسه أدنى خطأ يمكن أن ينسب إليه به مسئولية إحداث الضرر . وإلا أصبحنا أمام وضع آخر يختلف عن الوضع الذي نعالج فيه مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، هو وضع المسئولية العقدية عن الفعل الشخصي ، وهذا ما سنزيده أيضا حافيا يلي بعد أن نقوم بتحليل المقصود بالمسئولية العقدية عن فعل الغير بتحليل كل كلمة في هذا الاصطلاح ، ولذلك سندرس بصورة موجزة ما يقصد بالمسئولية عموما ، ثم ما يراد بالمسئولية العقدية ، وأهم عناصر هذه المسئولية وهي الخطأ ، ثم تتكلم عن فعل الغير ، ثم عن العلاقة بين المسئولية عن الفعل الشخصي والمسئولية العقدية عن فعل الغير ، والمقصود بالغير الذي تقوم على أساسه التفرقة بين المسئوليتين ، ونخلص بعد ذلك إلى تحديد تام للمسئولية العقدية من فعل الغير .

(١) كلمة حول المسئولية عموما :

كل مسئولية إنما تنشأ عن اخلال بالالتزام سابق فهي تجتمع على ضرر وتقصير وعلاقة سببية بين التقصير والضرر . وقد يختلف نوعها بعد ذلك باختلاف مصدر هذا الالتزام السابق : إذا كان مصدره الإرادة فهي مسئولية

عقدية وإذا كان مصدره القانون فهي مسئولية غير عقدية . ومحل المسؤولية على اختلاف أنواعها هو إصلاح الضرر الواقع من جراء عدم تنفيذ الالتزام بما يقابله في حدود الامكان ويكون ذلك عادة بالحكم على المخل بتعويضات تحل محل هذا التنفيذ ،

فالمعنى الفني الدقيق للمسئولية في فقه القانون إذن هو عبارة عن الحكم على من أخل بالالتزام التزم به أن يعرض عن الضرر الناجم عن إخلاله بهذا الالتزام لا فرق بين أن يكون هذا الالتزام تعاقديا حيث يلتزم المتعاقد أن ينفذ في الوقت المحدد وإلا فسيغتتر مسئولا ويحكم عليه بالتعويض وبين أن يكون هذا الالتزام تقصيرياً فيلتزم الفاعل بالتعويض نتيجة لإخلاله بالالتزام القانوني المفروض على عاتقه من عدم الإضرار بالغير .

على أنه في جميع هذه الأحوال — وهذا هو المبدأ العام — يجب أن تتوافر الأركان المقررة لقيام المسؤولية على العموم وهذه الأركان هي بطبيعة الحال :
(١) خطأ المدين (٢) ضرر للدائن (٣) علاقة السببية بين الخطأ والضرر .
فإذا انتفى خطأ المدين فلا مسئولية عليه ولا تعويض يمكن أن يحكم به قبله ، وكذلك الأمر إذا لم يتسبب بخطأ المدين ضرر للدائن ثم أنه إذا انقطعت علاقة السببية بين الخطأ والضرر انتفى السبب الذي من أجله يحكم على المدين بالتعويض لم يكن السبب فيه خطأه هو ^(١) .

على أنه قد ترد على هذا المبدأ . مبدأ لا مسئولية بغير خطأ عدة استثناءات تفرض فيها على المدين أن يعرض دون أن يرتكب هو نفسه أدنى خطأ ، وقد تتوافر مثل هذه الأحوال عند وجود عقد يربط المدين المسئول بالمضرر

(١) بهجت بدوى . أصول الالتزامات ص ٤٠١ نذرة ٢٨٦ ونلاحظ في هذه المناسبة أننا فيما يتعلق بالمسئولية من حيث مصدرها نؤيد الدكتور بهجت بدوى وغيره من الكتاب فيما ذهبوا إليه من أن مصدر هذه المسئولية هو القانون نفسه وينطبق هذا الرأي — خاصة — على وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير أن المسئولية مصدرها القانون ، وهو يفرضها بمناسبة العقد كما يفرضها بمناسبة الفعل الضار وبمناسبة غير ذلك من مصادر الالتزام .

وقد تتوافر مع انعدام العقد ، في الحالة الأولى نكون أمام وضع من أوضاع المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وفي الحالة الثانية نكون أمام وضع من أوضاع المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير .

(ب) المسؤولية العقدية :

المسؤولية العقدية عبارة عن إخلال المدين بالالتزام المفروض عليه بالعقد ، والحكم عليه بتعويض نتيجة لهذا الإخلال . وما يميز هذه المسؤولية عن المسؤولية التقصيرية ، هو أنه في حالة الإخلال بالالتزام التعاقدى يمكن أن يعنى القاضى بالنظر فى إمكان التنفيذ العيني للالتزام قبل الشروع ببحت تطبيق قواعد المسؤولية العقدية .

أما فى حالة الإخلال بالالتزام تقصيرى فلا يعنى بشئ من هذا ، ولا حيلة له إلا أن يحكم بالتعويض على مرتكب الفعل الضار بعد أن يكون قد أخل بالتزامه من عدم الإضرار بالغير ، وذلك لأن المسؤولية التقصيرية تقوم بمجرد وقوع الفعل الضار إذا توافرت أركانها المعلومة .

إذن حيث تعرض المسؤولية العقدية ونكون أمام عقد ما ، يمكن أن نشور مسألة إمكان تنفيذ الالتزام ، والبحث فى طرق التنفيذ ، قبل اللجوء إلى الحكم بتعويض للدائن أى قبل أن نشور مشكلة المسؤولية العقدية .

فالمسؤولية العقدية عبارة عن جزاء لعدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد الذى انعقد بين الطرفين : الدائن والمدين ، ونتيجة للقوة الإلزامية للعقد يجب على المدين أن ينفذ ما تعهد به ، فإذا لم يقم بذلك بإرادته التامة ورضاه الكامل فيستطيع الدائن فى بعض الأحوال أن يجبره على التنفيذ بالقوة ، والحصول ضد رغبة المدين على ما كان قد تعهد به هذا الأخير ، وهذا هو التنفيذ العيني أو التنفيذ المباشر للالتزام .

على أنه إذا لم يستطع الدائن رغم التجائه إلى كافة الوسائل للحصول على هذا

التنفيذ العيني المباشر ، هنا نكون أمام حالة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى الذى يمكن أن يشور بشأنه بحث مشكلة المسؤولية العقدية^(١) .

فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى اختياراً فللدائن أن يطلب تنفيذ هذا الالتزام جبراً على المدين تنفيذاً عينياً ، وما دام هذا التنفيذ ممكناً لا يجوز للمدين أن يحرم الدائن منه فيعرض عليه دفع مبلغ من المال تعويضاً عنه . أليس من المبادئ التى تحكم العقد أن الاتفاق قانون المتعاقدين ؟ وهل هناك إخلال بقانون العقد أكثر من تغيير محل الالتزام واستبدال التعويض بالتنفيذ العيني^(٢) ؟ كذلك فإن حق الدائن يقع على الشئ الموعود ، وما دام التنفيذ العيني ممكناً فلا يجوز له أن يعدل عن الشئ الموعود إلى المطالبة بتعويضات . إذن ما دام هذا التنفيذ العيني ممكناً لا تعرض مسألة المسؤولية العقدية . إنما تعرض هذه المسائل عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً^(٣) إذ عندئذ — لا قبل ذلك — نتساءل عما إذا كان المدين مسؤولاً عن استحالة هذا التنفيذ فيحكم عليه بالتعويضات المقابلة للتنفيذ العيني ، أو إذا كان غير مسئول لانتفاء الضرر . أو لأن فعله المتسبب فى الضرر ليس بفعل تقصيرى ، أو لأن الضرر الناجم على عدم تنفيذه يرجع إلى سبب أجنبى فترا دتمته .

على أنه ليس من الميسور دائماً التمييز بين أحوال التنفيذ العيني وأحوال التنفيذ بمقابل أى بدفع تعويضات . لا صعوبة إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من المال أو تسليم عين معينة بذاتها ، فى هذه الأحوال ينفذ الدائن على أموال المدين لاستيفاء المبلغ أو يتسلم العين بذاتها جبراً ما دامت موجودة على ملك المدين ولم يتعلق بها حق للغير ، وما من شك فى أن هذا تنفيذ عيني للالتزام . كذلك لا صعوبة إذا كان محل الالتزام فعلاً متعلقاً بشخص المدين كنحت تمثال أو عمل

(١) ستيقانى — المرجع المشار إليه سابقاً ص ٥

(٢) تقضى المادة ١٢٤٣ فرنسى — وحكمها عام بأنه ليس للمدين أن يعرض الوفاء بشئ آخر غير الذى تعهد به حتى ولو كان أكثر قيمة . راجع بهجت بدوى : المرجع السالف : أصول الالتزامات ص ٤١٣ نبذة ٢٩٢

(٣) نقض بلجيكي فى ١٩١٩/٣/٦ الباسيكريزى ١٩٢٢ - ١ - ٨٠ و ١٩٢١/٣/١٧ الباسيكريزى ١٩٢١ - ١ - ٢٩٨ و ١٩٢٢/١١/٢٨ الباسيكريزى ١٩٢٢ - ١ - ٢٥٥ مشار إليها فى بهجت بدوى - أصول الالتزامات ص ٤١٣ الهامش .

صورة زيتية . هنا امتناع الدائن يجعل التنفيذ العيني مستحيلا ولا سبيل إلى إجباره على هذا التنفيذ فلا يبقى إلا الحكم بتعويض .

على أن محل الالتزام قد يكون عملا لا يتعلق بشخص المدين أو تسليم أشياء معينة بنوعها ، فلا ينفذ المدين ، فيحصل الدائن على إذن المحكمة لعمل ما تعهد به المدين على مصاريفه أو بشراء هذه الأشياء على حسابه (١) .

ومن ناحية أخرى فإن تأخير المدين في تنفيذ الالتزام يؤدي إلى الحكم عليه بتعويضات . ذلك لأن التنفيذ العيني كان يفترض تنفيذ الالتزام في وقت معين إذ الوقت عنصر هام في تنفيذ الالتزام وما دام هذا الوقت قد فات فالتنفيذ العيني بمعناه الدقيق أصبح مستحيلا ولن يحل محله التنفيذ المتأخر (٢) . لذلك يلزم المدين في حالة التأخير بتعويضات ، وتتحرك مسألة المسؤولية (٣) . فالمسألة تتحدد إذن على الوجه الآتي :

في كل مشكلة تتعلق بعدم تنفيذ التزام تعاقدى ويلجأ فيه الدائن إلى القضاء ، ينظر القاضى إذا كان هناك مجال لتنفيذ الالتزام جبرا على المدين أم لا . فإذا وجد ذلك يمكننا أمر به رغما عن المدين على حسابه ومصاريفه ، وإذا لم يجد التنفيذ العيني يمكننا ثارت مشكلة المسؤولية العقدية ، وهى بالذات الحكم على المدين بتعويض يقوم مقام تنفيذ الالتزام ، ويجرى البحث عندئذ عن قيام المسؤولية بتوافر عناصرها الثلاثة الآتية الذكر وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، أو عدم قيام هذه المسؤولية لتخلف أحد هذه الأركان الثلاثة . على أن أهم هذه الأركان الثلاثة من حيث أهميتها والخلاف حولها وتعقيدها هما ركن الخطأ وركن السببية وعلى الخصوص فيما يتعلق بالمسؤولية التى نحن بصدددها وهى المسؤولية العقدية .

(١) م ١١٧ قديم - م ٢٠٥ جديد م ١١٤٤ فرنسى .

(٢) على أنه يجب أن يلاحظ أن هذا الأمر هو من المسائل الموضوعية التى يقضى القاضى فيها بحسب كل حالة طبقاً لظروفها الخاصة .

(٣) بهجت بدوى : المرجع السالف الذكر ص ٤١٣ والمراجع المشار إليها فيه . فبنى : المسؤولية والقوة القاهرة مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٢٨ وما بعدها .

(ح) الخطأ في المسؤولية العقدية :

يصرف النظر عما تذهب إليه قلة في الفقه من إنكار أن يكون الخطأ ركناً من أركان المسؤولية العقدية وذلك على أساس النظرية الشهيرة بتحمل التبعة فإن الثابت فقها وقضاء في التشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية على السواء أنه يلزم لقيام المسؤولية العقدية أن يتوافر فيها ركن الخطأ أى ركن التقصير^(١) على أن تضارب نصوص القانون المدنى الفرنسى فيما يخص قيام ركن الخطأ ، وعلى الأخص التناقض الظاهرى القائم بين نص المادة (١١٣٧) ونص المادة (١١٤٧) أدى إلى إثارة أشد الخلاف حول تحديد مضمون هذا الركن ، وامتد الخلاف إلى مصر بالرغم من اختلاف نص المادة (٣٥٧/١١٩) من القانون القديم عن نص المادة (١١٤٧) الفرنسية^(٢) ثم أحيا القانون المدنى الجديد هذا التناقض الظاهرى بإيراده للمادتين (٢١١ و ٢١٥) على الوجه الذى سيقى به هاتان المادتان فى هذا القانون^(٣) .

تنص المادة (١١٣٧) على أن الالتزام بالمحافظة على الشيء . . . يفرض على الملتزم أن يبذل فى المحافظة عليه عناية رب الأسرة .

وتنص المادة (١١٤٧) : على أنه يحكم على المدين بالتعويضات إذا كان لذلك محل . . . مالم يثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه . . . وتنص المادة (٢١١) على أنه فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين

(١) ويختلف فى ذلك القانون الإنجليزى إذ أنه لا يعنى المدين من التزامه ويحكم عليه بالتعويض حتى فى حالات القوة القاهرة . فالحوادث الفجائى لا يكون عذراً لعدم التنفيذ مهما كان (Sir Frédric Pollock الجزء الخامس) مذكور فى كتاب : التطابق بين القوانين الأجنبية وقانون نابليون لسانت جوزيف باريس ١٨٥٦ مادة ٦٠٠ . على أن القضاء الإنجليزى قد خفف من هذه القسوة فى أحكامه بوسائله الفنية الخاصة . راجع سليمان مرقص المرجع السالف ص ١٠٤ (٢) كان من رأينا فى ظل القانون القديم اشتراط الخطأ لما هو وارد فى المادة ١١٩ ، وكنا نرى تفسير هذا النص على نحو يخالف تفسيرنا للمادة ١١٤٧ الفرنسية أو المادة ٢١٥ من التقنين الحالى وكنا نرى أن نص المادة ١١٩ قد سلم من التناقض الذى وقع فيه المشرع الفرنسى على النحو الذى وردت فيه المادتان ١١٣٧ ، ١١٤٧

(٣) نقل المشرع العراقى فى القانون المدنى نص المادة ٢١١ فى المادة ٢٥١ ونص المادة ٢١٥ فى المادة ١٦٨ وبذلك يفتح باب الخلاف هناك أيضاً حول هذه المسألة .

أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . . .

وتنص المادة (٢١٥) على أنه : إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر في تنفيذ التزامه .

ويتضح في الظاهر من هذه النصوص أن المادة (١١٣٧) والمادة (٢١١) تشترطان الخطأ لقيام المسؤولية العقدية ، في حين أن المادتين (١١٤٧ ، ٢١٥) لا تشترطان ركن الخطأ لقيامها . إذ يكفي فيهما قيام ركن السببية بين الضرر وفعل المدين لنشوء المسؤولية العقدية .

فكيف يمكن إذن حل هذا التناقض الظاهرى القائم بين هذه النصوص ؟ ذهب بعض الشراح في فرنسا ^(١) إلى أن المادة (١١٣٧) هي استثناء للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (١١٤٧) ، فهى تتعلق بحالة الالتزام بالمحافظة على الشيء فقط ، فيسأل المدين حين لا يبذل في تنفيذ التزامه هذا العناية المطلوبة ... عناية رب الأسرة . أما فيما عدا ذلك في الأحوال فإن حكم المادة (١١٤٧) هو القاعدة العامة في وجوب إثبات السبب الأجنبي فقط للتخلص من مسؤولية عدم الوفاء بالالتزام .

على أن هذا رأى يصطدم بنية المشرع الفرنسى التى يمكن أن تتبينها من نصوص الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى حيث كان الرأى قد جرى على تطلب ركن الخطأ كقاعدة عامة ركناً في المسؤولية العقدية ^(٢) .

ولما كان ما ذهب إليه هؤلاء الشراح قد رد بما تقدم ، فقد تعين أن تفسر النصوص المتناقضة — في الظاهر — تفسيراً آخر . وقد كانت أهم النظريات

(١) كولان وكايتان الطبعة ٨ جزء ٢٢ نبذة ٧٩ . جوسران : دروس في القانون المدنى

الوضعى الفرنسى الطبعة ٢ جزء ٢ نبذة ٦١٣

(٢) راجع مازو : المرجع السالف الذكر ط ٣ ج ١ ص ٥٧ نبذة ٥١ وما بعدها .

التي وردت في هذا الشأن هي نظرية تقسيم الالتزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة (أو بعناية كما يطلق عليها بعض الكتاب^(١)) ، وهذا ما يحدونا إلى مناقشة هذه النظرية بصورة تفصيلية .

وتقوم هذه النظرية على الأسس الآتية :

١ — استبعاد نص المادة (٢١١/١١٣٧) من النزاع على اعتبار أنه يتعلق بتحديد مضمون الالتزام بالمحافظة على الشيء ببذل عناية الرجل العادى ، ولا علاقة له بوضع المسؤولية العقدية بأى حال من الأحوال .

٢ — يعترف أنصار هذا التقسيم بضرورة قيام الخطأ كركن من أركان المسؤولية العقدية^(٢) على أنهم يقولون بأن الخطأ فى المسؤولية العقدية عبارة عن عدم الوفاء بالتعهدات التى أخذها المدين على نفسه بالعقد ، ولذلك فإن مجرد عدم التنفيذ عبارة عن خطأ لا يرتكبه الرجل العادى والذى تتطلب منه العناية اللازمة : عناية رب الأسرة أن يقوم بتنفيذ التزامه ، فإذا لم يقم بتنفيذ هذا الالتزام فإنه يكون قد وقع فى الخطأ وتتحقق بذلك مسؤوليته ، ولا يستطيع أيضاً أن ينفي عنه هذه المسؤولية إلا إذا أثبت انقطاع السببية بين الضرر وفعله وذلك لأن هذا الخطأ ثابت ومتحقق *faute Prouvée et réalisée* ^(٣) .

فلا يستطيع المدين أن ينفيه بإثبات أنه قد بذل الجهد دون جدوى للوصول إلى تنفيذ الالتزام .

٣ — تقسيم الالتزامات إلى نوعين : النوع الأول هو الالتزامات التى يلتزم فيها المدين بتحقيق نتيجة معينة بصرف النظر عن الوسائل التى تتطلبها تحقيق هذه النتيجة . والنوع الثانى هو الالتزامات التى يلتزم فيها المدين بتهيئة الوسائل فحسب للوصول إلى تحقيق النتيجة من غير أن يلتزم بتحقيق النتيجة ذاتها .

(١) أول من قال بهذه النظرية الفقيه « ديموج » ج ٥ نبذة ١٢٣٧ وأيدها فقهاء آخرون منهم على الخصوص « مازو » المرجع المشار إليه أعلاه ص ٦١٤ وما بعدها . ومقال لهنرى مازو : *المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى* ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها . وفان رين ص ١٨ وما بعدها . وفى مصر حشمت أبو سبت . المرجع المذكور سالفاً ص ٢٧٥ وما بعدها . السنيورى : الوسيط ٦٠٩ وما بعدها . والدكتور سليمان مرقص — رسالة القاهرة ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) راجع فان رين المرجع السالف الذكر ص ١٧

(٣) مازو ج ١ ص ٧٠٥ الطبعة الثانية .

٤ — وينبنى على ذلك فيما يخص وضع المسؤولية العقدية أنه في الحالة الأولى — حالة الالتزام بنتيجة — يسأل المدين عن عدم تحقق النتيجة أى عن عدم تنفيذ الالتزام ، ولا يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أنه قد بذل — دون فائدة — الجهد اللازم لأجل بلوغ تلك الغاية ، وأنه في الحالة الثانية — حالة الالتزام بوسيلة — يمكنه التخلص من عبء المسؤولية عن عدم تحقق النتيجة بإثبات قيامه بالجهد المطلوب . لأنه في الحقيقة — كما يقرر أنصار هذه النظرية — أننا إذا توخينا المعنى الدقيق في مثل هذه الالتزامات نجد أن المدين لم يلتزم بغير بذل الجهد وقد أوفى به وبإثبات القيام به يكون قد أوفى بنفس الالتزام المفروض عليه .

٥ — ويترب إذن على هذا أنه يمكن رفع التناقض القائم في نصوص القانون المدني الفرنسى والقانون المدني المصرى بتعيين نوع الالتزام الذى تفرضه كل مادة من مواد القانون ، وتقرير إمكان التخلص من عبء المسؤولية إما بإمكان إثبات انقطاع رابطة السببية فحسب أو بإمكان نفي الخطأ بإثبات القيام بالوفاء بالالتزام أيضاً على حسب الأحوال .

وإذ بقيت هذه النظرية غريبة في القانون الفرنسى فذلك لأنها نظرية حديثة ولم يهتم القضاء الفرنسى بالإشارة إليها إشارة صريحة كما هو واضح من أحكامه ، إلا أنها قد نجحت في التسلسل إلى ذهن مشرع القانون المدني الجديد وبالتالي فقد أخذت طريقها في أحكام القضاء المصرى الحديث^(١) .

(١) لا تظهر في أحكام المحاكم الفرنسية نظرية تقسيم الالتزامات إلا فيما تشير إليه هذه الأحكام أحيانا من التفرقة بين مضمون الالتزامات في قسم من العقود كعقود النقل بنوعيه وعقود المعاملة الطبية وغيرها التى يثار النزاع فيها عادة عن وجود التزام بضمان السلامة . ويقرر القضاء الفرنسى إنه في بعض الحالات يكون مضمون الالتزام عبارة عن ضمان سلامة المدين وفي الحالات الأخرى يكون مضمون الالتزام هو بذل العناية والتبصر الكافى حسب دون ضمان سلامته فعلا . راجع مازو ج ١ ص ١٦٧ وما بعدها في تفصيل هذه الأقضية .

ومن ناحية القضاء المصرى حكمت محكمة استئناف اسكندرية في حكم حديث بالآتى : إن الخطأ في المسؤولية العقدية هو بذاته واقعة الإخلال الذى يتسكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام وذلك طالما لم يثبت المترم قيام السبب الأجنبى الذى يدعى به وفي هذه الحالة يثبت أن تلك الواقعة وحدها هى كل ما يمتنع على طالب التعويض إثباته وأنه متى ما قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية :

« ومع ذلك فيلبنى التنويه بأن المادة (٢١٢) من المشروع /١٥ من القانون الجديد (ينصرف نصها إلى الالتزام العقدى بوجه خاص . فيتعين الحكم على المدين بالالتزام عقدى بوجوب الوفاء عيناً إذا طلب الدائن ذلك إلا أن يكون هذا الوفاء قد أصبح مستحيلاً . وعلى هذا يفترض التخلف تقصير المدين أو خطؤه . فإذا أراد أن يدفع التبعة عن نفسه فعليه يقع عبء إقامة الدليل على أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدر له فيه كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو خطأ الدائن نفسه ، فإذا لم يقم المدين الدليل على السبب الأجنبي كان ملزماً بالتعويض ، وتستطرد المذكرة الإيضاحية فى مكان آخر : « ويراعى أن المدين لا يطالب بإثبات السبب الأجنبي فى الالتزام بالمحافظة أو بالإدارة أو بتوخي الحيلة فى تنفيذ ما التزم به ، بل يكفى أن يقيم الدليل على أنه بذل عناية الشخص المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود (المادة ٢٢٨) من المشروع . بيد أن المدين فى هذه الحالة لا يقال من مسؤوليته عن التزام تخلف عن تنفيذه دون أن يكلف إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي وإنما هو قد أوفى على نقيض ذلك بما التزم به وأثبت هذا الوفاء بإقامة الدليل على أنه بذل كل العناية اللازمة فإن لم يكن قد بذل هذه العناية عد متخلفاً عن الوفاء بما التزم به ولا ترتفع عنه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي^(١) .

نقد هذه النظرية :

إذا وضعنا نصب أعيننا المبادئ التى تحكم العقد فى آثاره وطرق إثباته أمكننا أن نفرق :

== الذى تبنى عليه مسؤولية الملتزم . أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بثبوته فإنه بالنسبة للالتزام بغاية ينحصر فى مجرد فعل الإخلال ذاته أى عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم دون نظر إلى ما قد يدعى بأنه قد بذل من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التى تعهد بها لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومطابقته لما يسلكه الرجل الحرص . استئناف الاسكندرية ١٩٥٠/٢/٥ ٣٠ محاماة ٣٠ رقم ٢٧٦

ص ٥٠١

(١) الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٤٢ وما بعدها .

(١) بين مشكلة تحديد مضمون الالتزام التعاقدى وبين وضع المسؤولية العقدية .

(ب) بين وضع إمكان التنفيذ فى الالتزام العقدى وبين وضع استحالة هذا التنفيذ .

(ج) بين وضع الضمان الذى يلتزم فيه المدين بالتعويض بصرف النظر عن الخطأ وجودا وعدما وبين وضع المسؤولية العقدية .

(د) بين البحث فى أركان المسؤولية العقدية والبحث فى قواعد إثبات هذه الأركان .

فإذا أخذنا كل هذه المسائل بنظر الاعتبار أمكن أن نقدر نظرية تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والالتزامات بوسيلة تقديرأ صحيحاً .

١ — أنه من الصائب تماما أن يتحدد مضمون الالتزام التعاقدى قبل الشروع فى بحث مشكلة المسؤولية العقدية . فيجب مقدما أن نعرف ما هو بالضبط مضمون العقد وما يحتوى عليه هذا العقد من التزامات حتى نستطيع أن نقدر على وجه صحيح ما إذا كان المدين قد نفذ أم لم ينفذ . وهذا ما عملت على تحقيقه هذه النظرية^(١) . غير أنها حاولت هذه المحاولة لتصل إلى غرض خاص . ذلك أن هذه النظرية أرادت أن تقم نص المادة (١١٣٧ ف — ٢١١ مصرى) فى هذا المجال مع محاولتها أن تقصر هذا النص فى التفسير على أنه قد سبق لبيان مدى التزام المدين فى حالة المحافظة على الشيء ليصل بها هذا إلى محاولة نفي تعلق هذا النص من أى طرف بالمسؤولية العقدية .

ومن رأينا أن هذه المادة هى التى وضعت أولا المعيار الصحيح للخطأ العقدى ، ذلك المعيار الوحيد الذى خرج من كل معارك النقد حول تعريف الخطأ سالما صحيحاً .

ثم أن الذى يقول بأن هذه المادة إنما اقتضرت فقط على إيضاح مضمون الالتزام بالمحافظة على الشيء وبيان مدى هذا الالتزام لا يستطيع أن ينكر أنها

(١) قارن مازو : المرجع السالف الذكر جزء ١ نبذة ١٥٥ ص ١٣١ وما بعدها ط ٣

وبرن Brun المرجع السابق الذكر نبذة ١٥

قد بينت في الوقت نفسه وبجلاء عن طريق دلالة المفهوم المخالف ، الجزاء الذى يترتب على عدم التزام المدين لعناية الرجل العادى فى تنفيذ التزامه التعاقدى وبذلك دخلت هذه المادة فى نطاق المواد التى تحكم المسؤولية العقدية بتحديد الأركان الضرورية لقيام هذه المسؤولية .

هذا وأن بعض الفقهاء الذين يؤيدون هذه النظرية يذهبون هم أنفسهم إلى القول بأن المعيار الذى وضعته هذه المادة هو وحده المعيار الذى يحكم المسؤولية العقدية ، وينطبق على حالات الالتزام بوسيلة وحالات الالتزام بنتيجة على السواء . فالأستاذان « مازو » أنفسهم يقولان إن معيار الخطأ العقدى فى الإلتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التقصيرى . فعدم تحقق الغاية المتفق عليها يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد^(١) ويقول الأستاذان : إنه فى اللحظة التى يعقد فيها المدين عقداً ما ويلتزم بموجبه التزاماً بنتيجة يجب عليه أن ينفذ التزامه هذا . وإذا لم يفعل فإنه لم يسلك كما يجب ، ويرتكب بذلك خطأ ، وإذا كان من المحقق أن الشخص البصير هو الذى يتصرف وفق القواعد التى يضعها المشرع ، فأولى بهذا الشخص أن يتصرف وفق القواعد التى وضعها هو لنفسه فى عقد عقده بنفسه^(٢) .

وعندى أن هذه المادة بالمعيار الذى وضعته تحكم نص المادة (١١٤٧ ف ٢١٥ مصرى) ذاته من جميع الوجوه . فإن معيار الرجل العادى يلعب دوره أيضاً حتى فى الحالات التى يتطلب فيها تقدير عناصر القوة القاهرة أو السبب الأجنبى على العموم : عدم توقع السبب *l'imprévisibilité* وعدم القدرة على دفعه *l'inévitabilité* فتقدير كيفية عدم استطاعة المدين أن يتوقع السبب الأجنبى تخضع لمعيار رب الأسرة المعتاد : الرجل العادى المتوسط الحرص كما تخضع مسألة عدم استطاعة المدين دفع السبب الأجنبى فى تقديرها إلى هذا المعيار . والقاضى عندما يتدخل لفحص الظروف التى تتأثر بها هذه العناصر التى يقوم عليها السبب الأجنبى إنما يسترشد بمعيار السلوك المعتاد للرجل العادى .

(١) مازو ج ١ نبذة ٦٧٣ - مشار إليها فى الوسيط هامش ص ٦٥٩

(٢) « ج ١ ص ٧٠٣ و ٧٠٤ ط ٣ »

٢ — والذي قد يبدو من ظاهر كلام بعض أنصار هذه التفرقة يبعث على الوم في الخلط بين حالة الامتناع عن التنفيذ وبين حالة استحالة التنفيذ فعندما يقول مازو إن انتفاء الخطأ والحادث الفجائي أمران متطابقان ، وعندما يقول « فان رين » ، إن المدين في الالتزام بنتيجة يسأل بمجرد عدم الوفاء بالالتزام إذ يعتبر هذا العمل خطأ ثابتاً ومتحققاً وهو في هذا ينحو منحى الأستاذين مازو^(١) . فإن ذلك قد يدعو إلى الظن بأن المسألة هي في امتناع المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدى على الإطلاق سواء كان سبب هذا الامتناع هو الامتناع مع إمكان التنفيذ أو كان نتيجة لاستحالة هذا التنفيذ .

والحقيقة أنه إذا أحسن وضع المسألة فقد يمكن أن يؤدي إلى مزيد من الفهم والإدراك يحلو ما يكتنف — مشكلة المسؤولية — من صعوبة وتعقيد . ولو قام في الذهن تماماً وجوب ربط مشكلة المسؤولية العقدية بمسألة بمسألة استحالة التنفيذ لأمكن القول بأنه مادام التنفيذ ممكناً على أية صورة من صور الإمكان فلا محل للبحث في مشكلة المسؤولية العقدية .

والالتزامات لا تخلو من أن تكون التزامات بعمل أو بالامتناع عنه أو بأداء شيء . ففما يتعلق بحالة الالتزام بعمل إذا كان من قبيل الالتزامات بنتيجة كالالتزام فنان برسم لوحة . ليست المسألة فيما يتعلق بالمسؤولية في أن الفنان قد امتنع عن القيام بالالتزام الذي تعهد به فإن الذي لا جدال فيه أنه متى ما كان قادراً على أدائه أجبر بكافة طرق الإكراه للوصول إلى التنفيذ العيني . ولكن المسألة تدق فيما لو استحال التنفيذ هنا تثاره مشكلة المسؤولية ، ويقوم النزاع حول كيفية الإثبات وكيفية التخلص من عبئها . ويقوم حول هذه المسألة فرضان : الفرض الأول أن يرجع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبي وفي هذه الحالة يبرأ

(١) راجع فان رين نبذة ١٤ ص ١٨ وما بعدها ومازو ج ١ ص ٧٠٥ نبذة ٦٦٩٠ — ٢ وهذا ما أدى إلى أن يقول الدكتور وديع فرج : فالمدن الذي يلتزم بدفع مبلغ من النقود لا يلتزم بمجرد بذل جهده في هذا السبيل بل يلتزم بدفع المبلغ ويسأل إذا لم يدفع المبلغ مهما ادعى من أنه قد بذل أقصى جهده في هذا السبيل ولم يستطع التنفيذ « وديع فرج — محاضرات في القانون المدني سنة ٤٨ — ٤٩ على طلبة كلية الحقوق — دار النشر للجامعات ص ٢٩١ » ... أين إمكان التنفيذ العيني في مثل هذه الأحوال من مشكلة المسؤولية ؟

الفنان من عبء المسؤولية . ولكن الأمر يشكّل عند الفرض الثانى . فى حالة ما إذا استحال عليه رسم اللوحة نتيجة لفعله غير الخطأ ، وهو موضع الخلاف . وفيما يتعلق بصور الامتناع عن عمل ، والالتزامات فيها دائماً من أنواع الالتزام بنتيجة يمكن تصوير المسألة على الوجه الآتى : ما الحكم إذا ما أخل المدين بالالتزام بالامتناع عن عمل فأتاه . هل يطلب منه لى يتخلص من المسؤولية أن يقيم الدليل على السبب الأجنبى الذى لا يدل له فيه ، أم يستطيع أن يتخلص من المسؤولية عندما يقيم الدليل على أنه قد أخل بالتزامه لداع من الدواعى المقبولة ؟ .

وفى الصورة الأخيرة فيما يتعلق بالالتزام بالتسليم كما إذا افترضنا أن شخصاً باع عربة معينة بالذات ، وأقام المشتري الدعوى بطلب التسليم ، فمن الطبيعى أنه لا يجوز للبائع أن يدفع دعوى المشتري بحجة أنه لم يخطئ فى عدم تسليمه العربة ما دامت قائمة موجودة ولم يقل أى شخص على شىء من العلم بالقانون بأن المدين يستطيع أن يتخلص من عبء المسؤولية ويتخلص فى الوقت نفسه من التزامه بتسليم العربة ويأخذ على هذا الوضع أموال المشتري بغير وجه حق وذلك بالسماح له بإثبات أنه لم يخطئ فى عدم التسليم ^(١) .

على أن الأمر يختلف فيما لو هلكت العربة محل البيع فى يد البائع . فهنا يمكن أن يثور النزاع فى هل أن البائع مع تحمله تبعة هلاك العربة ملزم بتعويض المشتري عن الضرر الذى يصيب هذا الأخير من جراء عدم التسليم ، ويقوم التساؤل فى هل أن المدين لا يستطيع أن يتخلص من عبء المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبى ، وفى هل أنه يجب أن يتحمل فى الظروف الأخرى تبعة المسؤولية بأداء التعويض بالإضافة إلى تبعة الهلاك وذلك بمنعه من إثبات نفي الخطأ عن نفسه إذا لم ترق هذه الظروف إلى درجة السبب الأجنبى — كأن يكون الهلاك ناشئاً عن فعله غير الخطأ . . . ذلك الفعل الذى يمكن أن يرتكبه الرجل المعتاد

(١) هذا على فرض ألا يبدى البائع استعداداً للتسليم تحت شروط من حقه أن يطلبها قانوناً كالرفع بعدم التنفيذ مثلاً ، وهذا ما يخرج عن الموضوع الذى نعالجه فى المتن .

وتنص المادة (٤٣٧) من القانون الجديد على أنه «إذا هلك المبيع قبل التسليم ولسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن .» فهل هذا يعنى أن البائع يسأل عن هلاك المبيع بفعله غير الخطأ ويؤدى التعويض إضافة إلى انفساخ البيع ورده الثمن إلى المشتري ؟

هذا هو الوضع الطبيعي للمشكلة .

ولذلك قلنا أيضاً أنه يجب أولاً قبل كل شيء أن تبحث إمكانية تنفيذ الالتزام عيناً . فإذا ما تقرر عدم إمكان التنفيذ العيني هنا — وهنا فقط — تدخل المشكلة فى حيز البحث عن أركان المسؤولية العقدية .

وعلى ذلك فى جميع حالات الالتزام بدفع مبلغ من النقود — التى يدعى بعض أنصار نظرية التفرقة بين الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة والزام بعناية — أنها من قبيل الالتزامات بتحقيق نتيجة . يجب أن نستبعد من النزاع حول مشكلة المسؤولية العقدية .

٣ — ثم أن من يستعرض ما يراه بعض أنصار هذه التفرقة بين أنواع الالتزامات يخرج بحكم وهو أن هؤلاء الفقهاء يخلطون بين وضعين من أوضاع القانون مختلفين هما وضع المسؤولية ووضع الضمان . فأن فان رين «van Ryn»^(١) مثلاً يحشر كثيراً من حالات الضمان كضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق فى أوضاع المسؤولية^(٢) .

وإذا صح أن المدين يسأل فى مثل هذه الحالات عن عدم تحقيقه للنتيجة المعينة فإن هذا راجع إلى أن ذلك قد فرض عليه نتيجة لضعفه بحكم العقد أو بحكم القانون وهذا يجرى الأمر من مشكلة المسؤولية ومن مشكلة الخطأ من

(١) المرجع السالف الذكر ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) مثل ذلك التزام المعهد عن الغير بالحصول على رضا المعهد عنه ، وقد قدمنا أنه فى مثل هذه الحالة لا مجال لبحث مشكلة المسؤولية عن فعل الغير ما دام المتعاقد قد ضمن صراحة قيام المتعهد عنه بالتنفيذ .

عدمه ، وفي كثير من الأحوال من مشكلة القوة القاهرة والحادث الجبرى أيضاً^(١)
فهل يهم المشتري عندما يرد المبيع بعيب خفى أن هذا العيب كان قد حصل
نتيجة خطأ البائع أم بسبب القوة القاهرة ؟^(٢)

٤ — ثم نصل أخيراً إلى الأساس الخطير والنتيجة المهمة التي أقيمت
لأجلها نظرية التفرقة بين الالتزامات . فلقد اعتبر القائلون بهذه النظرية عدم
تنفيذ التعهد علامة أكيدة على خطأ المدين ، وربطوا مشاكل وسائل إثبات
ركن الخطأ وطرق إثبات ركن سببية بمشكلة الخطأ نفسه كركن من أركان
المسؤولية العقدية . وقد ذهبوا إلى أن عدم الوفاء يعتبر خطأ تعاقدياً إذا
لم يكن ناشئاً عن سبب أجنبي وإلى أن القانون قد أنشأ ضد المدين قزينة على عدم
الوفاء وأخرى على انتفاء السبب الأجنبي وإلى أن دائرة السبب الأجنبي ودائرة
انتفاء الخطأ متحدتان . ولكن إذا كان من الصواب القول بأن عدم الوفاء
بالالتزام هو بنفسه الخطأ العقدى فإن في بناء تحقق هذا الخطأ على انتفاء
السبب الأجنبي وانتفاءه على قيام هذا السبب ليؤدى إلى الخلط بين ركنين
مستقلين من أركان المسؤولية هما الخطأ وعلاقة السببية^(٣) .

وبعد فما هو مدى علاقة نظرية تقسيم الالتزامات إلى الالتزامات بتحقيق
نتيجة والالتزامات ببذل عناية بنفس مشكلة المسؤولية العقدية ، وهل نجحت
هذه النظرية في تقديم حل جديد يلقى الضوء على مافى هذه المشكلة من غموض ؟
وإذا كانت النظرية قد جاءت بمثل هذا الحل فهل هو من صميم هذه النظرية
أعنى هل هو مما يتطلبه منطق تقسيم الالتزامات إلى أنواع أم هو خارج عنها
وأقم عليها اقحاماً ؟ .

وفي الحق أن السبب الذى دار من أجله كل الخلاف حول مشكلة الخطأ

(١) مازو — المرجع السالف الذكر ج ١ ص ٧٠٤ نبذة ٧٠٤ — ٢ وراجع في تفصيل
ذلك دكتور سايجان مرقص حيث نقلنا عنه هذه الفقرة . المرجع السالف الذكر ص ٩٦

(٢) ستارك Strark نظرية المسؤولية المدنية على ضوء الضمان والعقوبة الخاصة باريس ١٩٤٧
ص ٢٧٦

(٣) فارن سيليان مرقص المرجع المشار إليه في الهامش .

كركن من أركان المسؤولية العقدية لا يرجع إلى شيء أكثر من رجوعه إلى نفس سياق نص المادتين ١١٤٧ من القانون الفرنسى و ٢١٥ من القانون المدنى الجديد . وعندما تحاول هذه النظرية تفسير هذا النص تقول على لسان الأستاذين « مازو » أن الشارع قد أنشأ ضد المدين قرينة على عدم الوفاء وأخرى على انتفاء السببية . وبصرف النظر عن النقاش حول صحة الشق الأول إذ سنناقش ذلك فيما يلى فإنه ليس فى مضمون هذه النظرية علاقة تربطها بالقول بوجود هذه القرينة .

إن خطورة نظرية تقسيم الالتزامات هذه لا تظهر إلا بنجاحها فى تبيان أهمية تحديد مدى التزام المدين التعاقدى وعلاقة ذلك بمشكلة المسؤولية العقدية وحسبها ذلك . أما مشكلة المسؤولية العقدية نفسها فإنها لتحل بالنظر إلى نص المادة ١١٤٧ والمادة ٢١٥ فحسب .

هذا وقد يرد على هذه النظرية ما قال به بعض الفقهاء بل إنه إذا كان المعيار الفريد لقياس الخطأ هو عناية الرجل الحريص فإن جميع الالتزامات من زاوية نظر المدين عبارة عن التزامات بعناية طالما كانت مشكلة المسؤولية هى مشكلة المدين قبل أن تكون مشكلة الدائن^(١) .

الخلاصة ونتيجة البحث :

وبعد كل ما أوردناه تقوم مهمتنا فى البناء بعد أن قلنا رأينا فى النظريات التوفيقية السابقة فكيف يصار إلى ذلك . هذا ما سلتولى تبياناه فيما يلى^(٢) :

من الواضح ألا مفر لمن يتصدى لعلاج مشكلة المسؤولية العقدية أن يقر بوجود التناقض الظاهرى القائم بين نص المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ فرنسى

(١) راجع بهجت بدوى - نظرية الالتزامات ص ٤٢١

(٢) يحاول حديثاً « ستارك » أن يصل إلى حل فيقول أن أساس مسؤولية المتعاقد هو ضمانه للتنفيذ وهو ضمان تعاقدى . وعندهى أن هذا يصح لو دلت عبارات العقد الصريحة أو الضمنية على وجود الضمان . أما إذا ترك المتماقدين للقانون فى نصوصه المكتملة والمفسرة علاج الأمر فإن المسألة تنحصر حينئذ بين نص المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ فرنسى . راجع المرجع المشار إليه ص ٣٠٤

والمادتين ٢١١ و ٢١٥ من القانون الجديد . فعلى أى أساس يمكن أن يرفع هذا التناقض الظاهرى ؟ .

لقد أصبح أصبح من نافلة القول إعادة الكلام فى أن الخطأ هو ركن أصيل من أركان المسؤولية ، فهو كذلك باعتراف الراجح والغالب من رأى فقهاء القانون المدنى . فما هو الخطأ الذى تقوم على أساسه المسؤولية العقدية ؟ ... الخطأ التعاقدى فى الواقع عبارة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى . إن كل مدين حرىص يقط يجب عليه أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به . فإذا لم ينفذ ذلك اعتبر مقصراً ، ولكن ليس معنى هذا القول أن يحكم عليه مباشرة بالتعويض ويلقى على عاتقه عبء المسؤولية . فإن الخطأ إذا كان ركناً أصيلاً فى المسؤولية ، فإنه ليس بالركن الوحيد الذى تقوم عليه . أن علاقة السببية هى ركن ثان من أركانها . ولذلك يشترط لقيام المسؤولية أن توجد بين الخطأ القائم وبين الضرر الذى يصيب الدائن من جراء عدم التنفيذ علاقة سببية . ولهذا السبب تنص المادتان ١١٤٧ و ٢١٥ على براءة المدين إذا أثبت انقطاع رابطة السببية بين الخطأ والضرر بقيام السبب الأجنبى الذى لا يد للمدين فى إحداثه .

ويكون من الصائب أن إثبات إنتفاء الخطأ لا يكون إلا بإقامة الدليل على أن المتعهد قد قام بجميع تعهداته بالعناية المطلوبة منه . وكذلك لا يمكن فى غالب الأحوال إقامة الدليل على إنعدام السببية إلا بإثبات السبب الأجنبى الذى نشأ عنه الضرر . نعم أن السبب الأخير لا يدل حتماً على انعدام السببية بين خطأ المدين والضرر إذ قد يكون الضرر ناتجاً من اجتماع السبب الأجنبى وخطأ المدين وفى هذه الحالة يبقى المدين مسؤولاً ، ولكن يجب ألا يفضى عن الذهن الغرض المقصود الذى شرعت من أجله كل قرينة . فإن رغبة الشارع هى أن كل من تسبب فى أحداث ضرر بخطئه يضمنه . فإذا كانت علاقة السببية بين الضرر وبين خطأ المتسبب فيه غير ثابتة فإن القانون يفترضها ويعبر عن ذلك بأن القانون يقرر فى هذه الحالة قرينة على السببية . وليست هذه القرينة إلا نوعاً من المسؤولية الاحتياطية قررها الشارع لمنع وقوع عبء الضرر فى جميع الأحوال على عاتق

المجنى عليه ، ولا محل لها إلا عند عدم توافر الدليل على السببية^(١) . ويكون من الصحيح أيضاً :

« إن الخطأ العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يدل له فيه كالقوة القاهرة ، ويلاحظ في هذه الحالة أنه إذا تحقق الخطأ العقدى فإن علاقة السببية — وهى ركن فى المسؤولية العقدية — تنعدم ولا تتحقق المسؤولية . وعلى هذا الوجه يلغى فهم المادة ٢٧٣ مصرى جديد وهى تنص على أن الالتزام ينقضى إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يدل له فيه . فانقضاء الالتزام هنا إنما هو نتيجة لاستحالة تنفيذه عيناً ولعدم تحقق المسؤولية العقدية بانعدام أحد أركانها^(٢) .

وإذن تحل مشكلة المسؤولية العقدية على الوجه الآتى :

يكون المدين أولاً مسؤولاً عن تنفيذ التزامه العقدى ، ويعتبر عدم تنفيذه للالتزام خطأً متحققاً ثابتاً فى جهته ، ويعتبر مسؤولاً إلا إذا استطاع أن يقيم الدليل على انقطاع رابطة السببية بين خطئه هذا وحصول الضرر بقيام السبب الأجنبي الذى لا يدل فيه .

وقد يقوم التساؤل عن حالة ما إذا نشأت استحالة التنفيذ من فعل المدين غير الخطأ أو نتيجة لسبب مجهول ، هاتان الحالتان اللتان أثارتا كثيراً من الإشكال فى أوساط الفقه والقضاء .

والرد على هذا يكون بالقول إنه فيما يتعلق بحالة استحالة التنفيذ بفعل المدين غير الخطأ ، الأمر لا يخلو فيها من أحد فرضين : فإما أن يستطيع المدين إثبات أن هذه الاستحالة التى حصلت بفعله قد نشأت بسبب حادث فجائى ، اجتمع شرطاه من عدم التوقع واستحالة الدفع ، وهو فى هذا يقدم الدليل على السبب الأجنبي ، وإما أن يقوم الدليل على أن الاستحالة وقعت بفعله ولم يستطع أن يقيم الدليل على الحادث الفجائى فينسب ذلك إلى خطئه . وفيما يتعلق بالصورة الثانية حينما تنشأ استحالة التنفيذ عن سبب مجهول ،

(١) دكتور سليمان مرقص ، المرجع السالف الذكر ص ١٠٠ - ١٠١

(٢) الوسيط ص ٦٥٤

فالمفروض أن المدين لم يستطع أن يقيم الدليل على السبب الأجنبي ، ويظل مسؤولاً عن تلك الحالة بناء على هذا الاعتبار .

ونستطيع بعد ذلك أن نقرر أن المادة ١١٣٧ الفرنسية والمادة ٢١١ المصرية تضع كلا منهما أحكاماً تتعلق بمدى ما يلتزم به المدين في العقد من التزامات ، ويرجع الفضل في تقرير ذلك إلى نظرية تقسيم الالتزامات المذكورة . ونستطيع أن نقرر أن مقياس عناية رب الأسرة ، هو الذى يدخل أيضاً في تقدير مسألة المسؤولية التي تركزت مشكلتها في المادتين ١١٤٧ و ٢١٥ . وذلك من ناحية تقدير عناصر القوة القاهرة كما سبق أن أشرنا إلى ذلك .

وإننا لنعترف بأنه وإن كنا قد أوردنا بعض الانتقادات على نظرية تقسيم الالتزامات ، لتتفق مع أنصارها خصوصاً في ظل القانون المدنى الجديد ، على ماهية الحل وكيفيةه على الصورة التي أوردناها في هذا البحث إذ أن النتيجة النهائية واحدة عندنا جميعاً .

ومن كل ما قررناه نستطيع أن نقول أن كثيراً ما تقترب الحلول العملية في تطبيق القضاء لهذه النصوص على واقع الحياة ، والحلول التي يأخذ بها مشرع القانون الألماني ومشرع القانون السويسرى ، تلك الحلول التي تقوم على استطاعة المدين التخلص من عبء المسؤولية بنفى الخطأ عن نفسه على مطلق الأحوال .

ولنأخذ مثالين لتوضيح ما نريد : فلو تعهد أمين للنقل بنقل بضاعة من محل لآخر ، وامتنع عليه أن ينقل البضاعة سالمة إلى المحل المتفق عليه .

ففي القانون المصرى والفرنسى يعتبر الناقل واقعاً في الخطأ بعدم التنفيذ ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب لا يد له فيه .

وفي القانون الألماني والسويسرى يلزم الناقل بإثبات أنه قد بذل جهده للوصول إلى التنفيذ ، وإنه كان قد هباً الوسائل إليه ، ولكن عمله ذهب أدراج الرياح فكان عديم الجدوى من حيث عدم الوصول إلى التنفيذ . وطبيعى أن المدين يستطيع تقديم هذا الإثبات إذا حصل عدم التنفيذ نتيجة لفعله غير الخطأ ، أو لسبب مجهول ، أو نتيجة لقوة القاهرة أو حادث فجائى . ولكن نادراً ما تنشور مشكلة الفعل غير الخطأ والسبب المجهول في الحياة العملية .

ولو تعهد طبيب بأن يعالج مريضاً وأصاب المريض ضرر . ففي القانون المصرى والفرنسى لو ادعى المريض أن الطبيب لم يتم بتنفيذ التزامه بالعلاج فيستطيع هذا الأخير أن يقيم الدليل على أنه قد بذل عناية الرجل المعتاد ، وبذلك يثبت وفاءه للالتزام . وإذا أثبت المريض خطأ الطبيب فيستطيع الطبيب أن يقيم الدليل على انقطاع رابطة السببية بين خطئه والضرر الذى أصاب المريض ، فيستطيع التخلص بذلك من المسؤولية . وهذا يصدق على كافة القوانين المشار إليها .

(و) فعل الغير أو خطأ الغير ، علاقة السببية بين الخطأ والضرر :

ولا يهمننا هنا بالنسبة للعلاقة السببية بين الخطأ والضرر إلا فعل الغير ، كسبب من الأسباب التى تعفى المدين من المسؤولية العقدية .

وطبيعى أنه من الواجب أن يكون فعل الغير (الأجنبى) الذى يعفى المدين فعلاً مستقلاً عن فعل المدين الشخصى ، وأن يكون غير متوقع الحصول منه . وغير يمكن الدفع أى يجب أن تتوافر فى فعل الأجنبى عناصر القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

على أنه عندما تثار مشكلة المسؤولية العقدية على فعل الغير ، يثور البحث عن مدى إمكان اعتبار أفعال قسم من الأجانب ممن يسأل عنهم المدين أفعالاً متممة لنشاط هذا الأخير . وهذه هى حلقة الاتصال والانفصال معاً بين المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى ، والمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وسنوضح كل هذا فيما يلى :

(هـ) المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى ، والمسؤولية العقدية عن

فعل الغير :

كما يجب البحث فى المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى ، أولاً وقبل كل شيء ، عن إمكان أو استحالة التنفيذ لكى يمكن الحكم بعد ذلك على وجوب إثارة مشكلة المسؤولية العقدية ، يجب كذلك أن نبحث فى المسؤولية العقدية عن فعل

الغير — باعتبارها فرعاً للمسئولية العقدية عموماً — أولاً ، وقبل كل شيء في مسألة استحالة التنفيذ العيني لالتزام المدين ليشور البحث بعد ذلك عن إمكان قيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

فلو أن صاحب مصنع للسيارات مثلاً تعهد بصنع وتسليم عدد من سيارات النقل بماركات معينة ، وأتم صنع عدد معين منها ، فهلك قسم منها بفعل عماله أو مستخدميه ، فقبل أن تثار مشكلة مسؤوليته عن عدم تسليمه لهذه السيارات التي تعاقد عليها يجب أن نبحث مسألة هل في الإمكان تنفيذ التزامه بتمامه بوسيلة أو بأخرى .

أو شخص باع لآخر ١٠٠ قنطار من قطن معين ، أرسلها إليه بواسطة نقل ما ، فتلف القطن المنقول ، قبل أن تثار دعوى المسؤولية بشأن التعويض ، يجب أن تثار مسألة إمكانية التنفيذ ، لأن المشتري لم يشتتر هذه الكمية المعينة بالذات ولذلك يلزم البائع بتسليم ١٠٠ قنطار أخرى .

فالمسألة الأولى هنا أيضاً هي في وجوب حل مسألة استحالة التنفيذ ، فإذا تحقق ذلك أمكن البحث في مسؤولية المدين عن فعل الغير .

فإذا وصلنا إلى هنا بلغنا كذلك نقطة الخلاف بين المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي والمسؤولية العقدية عن فعل الغير . وعماد الخلاف هو تطلب ركن الخطأ كأساس للمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي ، كما بينا ذلك في الفرع السابق ، وعدم تطلب خطأ المدين كأساس للمسؤولية العقدية عن فعل الغير . فهذه المسؤولية لا تقوم على أساس خطأ المدين ، بل على العكس أن المدين يسأل عن فعل الغير رغماً عن تجرده هو نفسه من كل خطأ شخصي^(١) .

وعلى هذا نستطيع أن نخرج من نطاق الوضع الفني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير كل الحالات التي نستطيع أن نلصق فيها خطأ المدين وتسببه في الإخلال بالالتزام الذي ألقى على عاتقه . ولذلك فالمادة (٧٠٨) من القانون المدني الجديد التي يسأل فيها الوكيل عن أعمال وكيله (الوكيل الثاني) لا تدخل

(١) رومل : الشرح الموجز لقانون الالتزامات السويسري جزء ١٠ طبعة ١٩٢٠ نبذة ٢١٢ ص ١٥٢ وما بعدها .

إطلاقاً في أحوال المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(١) إذ المادة تقيم مسؤولية الوكيل عن أعمال الوكيل الثاني بشروط منها وجوب ارتكابه هو نفسه لخطأ شخصي، وذلك يتحقق إذا ما أخطأ في اختيار الوكيل الثاني وإلا فلا مسؤولية عليه^(٢). وكذلك في جميع الأحوال التي يلجأ فيها المدين إلى الغير لكي يقوم بدلا عنه بتنفيذ الالتزام ولم يكن للمدين حق في الرجوع إلى هذا الغير لكي يقوم بالتنفيذ، يعتبر من قبيل مسؤولية المدين عن فعله الشخصي إذ يعتبر أنه قد ارتكب فعلاً خطأً بذلك^(٣).

(ز) المقصود بالغير مرتكب الفعل :

« للغير » في الاصطلاح القانوني معان كثيرة تختلف باختلاف الأوضاع القانونية نفسها فهناك « الغير » بالنسبة لأطراف التصرفات الناقلة للحقوق العينية عموماً . وهناك « الغير » بالنسبة للتصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية « والغير » بالنسبة لأطراف الحكم ، وهناك « الغير » بالنسبة لأطراف العقد^(٤).

ويتخذ « الغير » في وضع المسؤولية العقدية عن فعل الغير معنى خاصاً كذلك . فإذا وازنا بين « الغير » هنا وبين « الغير » بالنسبة لأطراف العقد، فإن القاعدة في نفاذ العقود هي قصورها على أطراف العقد دون أن يقتصر هذا المعنى على المتعاقدين بل يشمل الخلف العام والخلف الخاص كذلك، فلا يعتبر هؤلاء من الأعيان. أما في عرف المسؤولية العقدية عن فعل الغير فيقصد به أي شخص غير المتعاقدين أنفسهم . فقد تقوم مسؤولية المتعاقد بناء على فعل خلفه العام

(١) على العكس من هذا السهوري الوسيط ص ٦٦٥ وحسين عامر المرجع السالف الذكر

ص ١٨٨

(٢) يذهب بعض الفقهاء بأن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم على ركن الخطأ : الخطأ في الرقابة أو الخطأ في الاختيار وسنناقش ذلك فيما يلي ... راجع الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير الكتاب الأول — الباب الثاني .

(٣) بلانبول وريبير وإسمان المطول : ص ١٥١ نبذة ٨٤٥ ج ٧ — ومازو : المرجع

السالف الذكر ص ٩٦٦

(٤) بهجت بدوي : المرجع السالف الذكر أصول الالتزامات ٢٨٤

أو خلفه الخاص ولكن ليس باعتباره خلفا عاما أو خلفا خاصا وإنما باعتباره شخصا أجنبياً عن العقد وعن أطرافه . فقد يسأل المتعاقد عن أفعال أولاده أو زوجته أو أبيه أو أخته كما قد يسأل ، إذا كان مستأجرا مثلاً ، عن أفعال المتنازل له عن الإيجار أو عن المستأجر من الباطل وكل ذلك في أحوال سنفلصها فيما يلي .

على أننا يجب أن نسارع إلى القول بأنه يشترط لقيام المسؤولية عن فعل الغير أن تكون هناك رابطة ما بين « الغير » الذي يمكن أن يسأل المتعاقد عنه وبين هذا الأخير رابطة تبرر مسؤولية المدين ^(١) . وبدون وجود مثل هذا الاشتراط أو الرابطة تتمطل المعاملات ويحجم الناس عن التعامل ^(٢) كما أن عدم اشتراط رابطة معينة قديودى إلى نفي السبب الأجنبى كركن من أركان المسؤولية وسنخصص فصلاً معيناً فى الرسالة لبحث هذه المسألة .

(ح) خاتمة المقدمة :

نخرج من كل هذا إلى أن المقصود بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير هو مسؤولية المتعاقد عن فعل شخص آخر يسأل عنه ودون أن يرتكب هذا المتعاقد أى خطأ شخصى . وهذا هو الفارق الذى يميز المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير : هذه المسؤولية التى توازى تماماً وضع المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير بالنسبة للمسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى .

وعلى هذا نستطيع أن نخرج من دائرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير .
الأحوال الآتية :

(١) راجع أدناه الباب الثالث فى الكتاب الثانى من الرسالة .

(٢) وقد حكم بأن المسؤولية العقدية لا تقوم قبل أمين النقل إذا حصل الضرر للمسافر بفعل أجنبى (محكمة السين ١٥/١١/١٩٣٩ دالوز ٢ من ٢٣ - ١٩٣٠) وكذلك حكم بأن فعل الغير الذى ظل مجهولاً وأصاب المسافر فى أثناء النقل يعفى أمين النقل من التزامه نقض عمرائش ١/٨/١٩٢٩ دالوز ٢٥٠١ - ١٩٣٠ وحكم استئناف باريس ١٩٢٧/٧/٨ جازيت پاليه - ١ - من ٦٢٢ - ١٩٢٧ وحكمت نفس المحكمة بأن المؤجر لا يسأل إلا إذا نشأ الضرر عن فعله أو أفعال تابعيه (استئناف باريس فى ٢٣/٣/١٩٤٤ جازيت دى پاليه ١٩٤٤ - ١ - ١٤٢)

١ — إذا كان المدين قد تحمل ضمان فعل الغير صراحة في الاتفاق . وهذا هو وضع المتعهد عن الغير الذي يتميز بالتعهد الصريح للحصول على رضا شخص آخر .

٢ — إذا كان قد تحمل نتائج السبب الأجنبي بصراحة الاتفاق .

٣ — إذا كانت المسؤولية قد أقيمت على عاتق المدين لارتكابه خطأ شخصياً^(١) .

لقد اتهمنا من رسم صورة سريعة لمشكلة مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في هذه المقدمة ، فلندخل إذن إلى بحث موضوع هذه المشكلة في الكتابين القادمين ، حيث كرسنا الكتاب الأول من الرسالة لبحث القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير ونقصد بذلك الأسس العامة التي تتعلق بمبدأ هذه المسؤولية ، وخصصنا الكتاب الثاني لدراسة قواعد تطبيق نفس مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

(١) راجع رينو من ١٨ رسالة باريس ١٩٢٣ ويكيه المرجع المشار إليه من ٢٦٠ Federov من ٢٢ مشار إليه في ويكيه من ٢٦٠ كذلك .

الكتاب الأول

في

القواعد العامة للمسئولية العقدية

عن فعل الغير

ونقصد إلى بحث القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير لنظهر ما يحوم حول هذه المسؤولية من المبادئ التي قد يكون بعضها أساساً لها كمبدأ الأساس القانوني ، وقد يتعلق بها بعضها الآخر نظراً لاتصالها بأوضاع أخرى كوضع المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير مثلاً . ولذلك سنبحث في هذا الكتاب وفي أربعة أبواب عن :

الباب الأول : لمحة تاريخية عن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير وهو تمهيد لبيان تطور هذه المسؤولية عبر القرون .

الباب الثاني : الأساس القانوني للمسئولية العقدية عن فعل الغير .

الباب الثالث : العلاقة بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير .

الباب الرابع : الحدود الخارجية لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

الباب الأول

لمحة تاريخية عن مبدأ المسؤولية العقدية

عن فعل الغير في القانون المقارن

سنحاول في هذا الباب أن نستعرض تطور مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، كيف ابتدأ في القوانين القديمة بتطبيقات بسيطة وكيف انتهى بأن أصبح مبدأ عاماً في التشريعات الحديثة يقف إلى جانب المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي . وسنبداً الكلام في الفصول القادمة برأس القوانين وهو القانون الروماني . ثم نعقبه بدراسة المبدأ في العصور الوسطى ، ونتطرق بعد ذلك إلى كيفية تطوره في القوانين اللاتينية والتشريعات الجرمانية ، ثم نتبين هذا التطور في الشريعتين : الإنجليزية والإسلامية وننتهي بدراسة مدى تأثير القانون المصري والعراقي بهذا المبدأ .

الفصل الأول

مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون الروماني

لم يعرف القانون الروماني — كسائر القوانين القديمة — المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وكان المبدأ القائل بأن كل شخص إنما يسأل عن خطئه الشخصي فحسب هو المبدأ المعترف به في روما بصورة عامة تقريباً . وهذا هو على الأقل الرأي الغالب عند فقهاء القانون الروماني في القرن التاسع عشر^(١) وخاصة عند « Dar burg ' Harse » . وفي هذا يقول بيكيه : أن القانون الروماني كان يقوم — في المسؤولية — على أساس الخطأ الشخصي ولم يكن فيه أى نص عام وصریح في المسؤولية العقدية عن فعل الغير . فقد أشار إليها بصورة غير مباشرة في دعوى الـ *adjecticiae qualitatis* حيث كان البريتور الروماني قد أعطى للمدعى حق إقامة الدعوى على الأب أو السيد بالنظر للعقود التي يعقدها أولاد الأسرة وعبيدها الذين لهم دخل ويعملون لحساب الأب أو السيد ، والمدعى على الذين يمارسون نشاطاً تجارياً معيناً بالنسبة للالتزامات التي عقدت بواسطة بدلائهم .

على أنه إذا تحقق وجود مسؤولية في هذه الحالة ، فإنها ليست مسؤولية المدين نفسه عن أفعال تابعة ، ولكنها مسؤولية عن فعل الغير في عقد الغير "une responsabilité du fait d'autrui dans le contrat d'autrui" (٢)

(١) بازولا Bezzola رسالة جنيف سنة ١٩٣٧ ص ٥٥ . بيكيه المرجع السالف الذكر ص ٢٧٠ رينو المرجع السالف الذكر ص ٢٧ سأروك Soaree ص ٣٣
(٢) وهذا ما يعرف في التشريع الحديث بمبدأ النيابة وهو وضع يختلف من وضع المسؤولية العقدية عن فعل الغير . فإن آثار العقد في الدعاوى التي تسمى بالـ *institoria* والـ *exercitoria* كانت تنتقل إلى ذمة المتبوع (الموكل) من التابع (الوكيل) ولكن لم تسكن لهذه الدعاوى صلة بدعاوى الـ *receptum des noutoes et conpanes* وحتى البيان "ulpien" نفسه =

كما هو الحال بالنسبة لمسئولية الكفيل عند عدم إداء المكفول (المدين الأصلي) للدين في القانون الحديث .

ويذهب بيكيه إلى القول بأن القانون الروماني قد عرض في مسئولية المدين عن أفعال تابعة إلى مسئولية مادية بحجة على أساس الخطأ المفترض في الاختيار أو الرقابة ، ويستطرد إلى أنه لا يستطيع أحد القول مع ذلك بأن القانون الروماني حاول أن يبنى من هذه الأحوال الإستثنائية مبدأ عاماً في المسئولية إلا إذا أراد أن يكسر المعنى الطبيعي النصوص (١) .

وقد واجه القانون الروماني مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير بصورة مباشرة في دعاوى الـ *receptum* ، الـ *Couponum* ، الـ *stabularium* حيث تتحقق في الأولى مسئولية أصحاب الفنادق ، وفي الثانية مسئولية أرباب السفن ، وفي الثالثة مسئولية أرباب الاصطبلات عند إتلاف أو تخريب الأمتعة الموضوعة في عهدهم بأفعال تابعهم ، وقد تجاوزت المسئولية بعد ذلك إلى أصحاب المخازن العامة وإلى بعض الصناعات الصغيرة (٢) .

وقد كانت هذه المسئولية في العصر ما قبل الكلاسيكي مسئولية صارمة حيث كانت المسئولية المفروضة على أرباب السفن *nautae* وأصحاب الفنادق *Coupanes* وأرباب الاصطبلات *stabularii* تفهم فهماً حرفياً بأن كان المودع

كان يفرق بين الدعاوى في الأولى لم يكن من المستطاع إلزام مجهزة السفينة *l'armateur* إذا لم يكن قد أعطى توكيلاً للتابع عن العقود التي يعقدها هذا الأخير ، فالتبابة لم تكن لتتجاوز الوكالة . أما في الدعاوى الأخيرة فقد كان صاحب السفينة مسؤولاً عن أفعال كل هيئة الملاحية ولا توجد نبابة في هذه الحالة . راجع رسالة يهجت بدوى المرجع السالف الذكر ص ١٢ وما بعدها . وبلانيول المجلة الانتقادية ١٩٠٩ هامش ٢٩١

(١) بيكيه ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) كان الناقلون وأصحاب الفنادق يعقدون مع عملائهم عقداً خاصاً يسمى بالـ *receptum* وبموجبه كان يلتزم هؤلاء بالتزام خاص يسمى بالـ *custodia* الذي هو التزام بحفظ الشيء المودع وعلى هذا فإن مسئولية هؤلاء كانت مسئولية الوديع . وبحسب الأثر العقدي لعقد الوديعة كانوا يسألون عن ضياع الشيء حتى ولو لم يرتكبوا هم أنفسهم أى خطأ وما كانوا يستطيعوا التخلص من عبء المسئولية إلا بإثبات القوة القاهرة . وهم يسألون عن فعل الغير سواء كان هذا الغير من عبيدهم أو أولادهم أو مستخدمهم أو أجنبياً كعابري سبيل أو مسافر (بلانيول المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٩ ص ١٨٦) .

لديه يعتبر مسئولاً عن رد الأشياء الموضوعة في عهده مهما حصل من عائق . ولم تخفف هذه المسؤولية إلا في العصر الكلاسيكي حيث أعني المدين من المسؤولية في أحوال القوة القاهرة والحادث الجبرى بعد أن كان يعتبر مسئولاً عن الحادث الجبرى في العصر ما قبل الكلاسيكي .

على أن فريقاً كبيراً من الشراح يعترض حتى على مجرد القول بأن القانون الرومانى كان قد طبق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . « فبازولا » يقول فيما يخص مسؤولية السيد عن أفعال عبده : « إن الدعاوى التى أعطيت للدائن ضد السيد بسبب الجريمة التى يرتكبها عبده هى من جهة ليست مسؤولية عقدية كما أنها من جهة أخرى ليست مسؤولية حقيقية عن فعل الغير ، لأن السيد لا يدفع التعويض إلا إذا رفض أن يترك العبد^(١) . وإذا سئل في بعض الأحوال فلأنه قد تسامح وأقر فعل العبد بينما كان يجب عليه أن يمنع حصول هذا الفعل فقد كان يعتبر إذن هو نفسه فاعل الجريمة وكان يسأل عنها لذلك شخصياً^(٢) .

غير أن فقهاء القانون الرومانى المحدثين كانوا يميزون بين وضعين : الأول وضع دعوى الـ « Custodia » والثانى وضع دعوى الـ « Culpa » . فإن الدعاوى الأولى كانت بعيدة ومستقلة — كما يبدو — تمام الاستقلال عن فكرة الخطأ ، وكان المسئول عن الـ « Custodio » يلزم بتعويض الضرر الذى ينشأ عن إتلاف أو ضياع الأموال المعهودة التى أودعت لديه حتى ولو لم يرتكب من جانبه أى خطأ ، وسواء حصل هذا الضرر بفعل الغير أو من حادث فجائى^(٣) .

وعلى هذا فإن فقهاء القانون الرومانى المحدثين يقولون بأن مسؤولية المدين في الـ « Custodio » لا تشمل المسؤولية عن فعل الغير فحسب ، بل تتعداها إلى المسؤولية عن الحوادث الفجائية « les cas fortuits » التى لا ترقى إلى درجة القوة القاهرة . والمسئولية لا تلتفى إلا في حالة القوة القاهرة ، وبحسب المصادر

(١) ولهذا يدعواهم وانجار بأنها مسؤولية اختيارية facultative ص ٦٤ المرجع السالف الذكر .

(٢) بازولا ص ٦ وما بعدها .

(٣) جان باريس Jean Paris رسالة نانسى ١٩٢٦ مقدمة ص ١٦

المعروفة كان يعتبر من قبيل القوة القاهرة : الحريق والفيضان والغرق ، وسقوط المنزل والزلازل ، وقوة الأعداء وموت العبد^(١) .

ولكن جميع الفقهاء على اتفاق في أن المسؤولية عن الـ " Custodio " أدخلت في وضع الـ " Culpo " في عهد جوستينيان ، وأصبحت بذلك مسؤولية عن الخطأ الشخصي فيما عدا حالات نادرة استثنائية كمسؤولية المستعير ، في دعوى الـ " redhibum " والمسؤولية في دعوى الـ " Locatio Conditio operis " . ولكن هذه الأحوال الاستثنائية النادرة كانت تبررها اعتبارات المصلحة العامة التي كانت تتطلب في كل حالة بعينها نصاً صريحاً خاصاً . ومن هذا نرى أن طبيعة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون الروماني قد انتهت كما يراها « بازولا » و « بلانيول »^(٢) إلى مسؤولية عقدية على أساس الخطأ الشخصي . ويذهب « رانجار » ، إلى أن الأسباب التي من أجلها وجدت بعض الأحوال الاستثنائية كتطبيق لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون الروماني هي ارتباط هذه المسؤولية بضرورة تعويض من أصابه الضرر في الأحوال التي لا يستطيع فيها فاعل الضرر دفع تعويض ما بنىء على مظنة من عجزه وإعساره^(٣) .

ونخلص من كل هذا أن جميع الشراح قد اتفقوا على أن القانون الروماني لم يعرف المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وإن كان قد عرف بعض حالات نادرة واستثنائية كتطبيق قاصر لهذا المبدأ . وتعليل ذلك عند ساورك هو أنه :

أولاً : أن فقهاء القانون الروماني قد بينوا أن أسلوب هذا القانون في معالجة أحوال المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى كان يقوم على دراسة الحلول الجزئية لحالات متفرقة ، ولم يكن يعنى بصياغة مبادئ عامة

(١) بازولا ص ٧

(٢) بلانيول : المجلة الانتقادية لسنة ١٩٠٩ ص ٢٨٦ إذ كان أساسها هو الخطأ في الاختيار أو المراقبة .

(٣) رانجار — ص ٦٤

توضع بناء على استقراء تلك الحلول الجزئية شأنه في هذا كشأنه في معالجته لأحوال المسؤولية التقصيرية . ومن الملاحظ أيضاً أنه لم يوجد في القانون الروماني حد فاصل ، يفصل ، من حيث مجال التطبيق ، بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .

ثانياً : إن الحاجة لم تكن ملحة إلى تقرير هذا المبدأ ما دامت القواعد القانونية عبارة عن البناء الفوق Super-structure للنظم الاقتصادية والاجتماعية . والتنظيم القانوني ينعكس بالضرورة عن النظام الاقتصادي والاجتماعي في أيما بلد من البلدان . وبما أنه في جميع الأزمنة البدائية ، وخاصة في العصر الروماني كان مركز الإنتاج الاقتصادي هو الأسرة من جهة ، وأن الصناعة كانت تعتبر في ذلك الوقت من الأعمال المشينة من جهة أخرى ، فإن النظام القانوني الذي كان يلزم أن يطابق أسلوب الإنتاج ، وأن يطابق أسلوب الحياة الاجتماعية في روما ، لم يستطع أن يسجل مبدأ عاماً في المسؤولية العقدية عن فعل الغير هذا المبدأ الذي يجب أن يطابق أسلوباً للإنتاج أكثر تعقيداً وأعلى درجة^(١) .

الفصل الثاني

المبدأ في العصور الوسطى والقانون الفرنسي

ونجمع في هذا الفصل بين بحث مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القرون الوسطى في فرع وبين بحثه في القانون الفرنسي في فرع ثان لنرى كيفية تطور هذا المبدأ ومدى تأثيره على القوانين اللاتينية .

الفرع الأول

المبدأ في العصور الوسطى

كان من الضروري كما يقول ساروك أن يظهر تطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في العصور الوسطى أوسع جداً عما ظهر به في القانون الروماني ، وذلك للتطور العميق الذي أصاب الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، والتطور الذي طرأ على أسلوب الإنتاج قد جعل من المدن مراكز لهذا الإنتاج بعد أن ألغى نظام الرق ، وتفكك نظام العائلة ، وانتعاش الحياة التجارية والاقتصادية ، فكان لزاماً لذلك كله أن تظهر نصوص وأحوال جديدة بتطبيق هذا المبدأ^(١) .

ففي العصور الوسطى كانت مسؤولية أرباب العمل عن أفعال مستخدمهم ، غير منصوص عليها في أى نص تشريعي . ولكن النظام الحرفي الصارم وشرط تبعية الصناع والمستخدمين لأسيادهم في العمل ، مما سبب فسخ المجال لقيام مثل هذه المسؤولية . فكان هؤلاء الأسياد يسألون عن التنفيذ السليم للالتزامات التي تعاقدوا عليها وعهدوا بها إلى عمالهم لتنفيذها ليس مسؤولية مدنية فحسب ، بل ومسؤولية جنائية أيضاً^(٢) .

(١) المرجع السالف الذكر ص ٣٤

(٢) ييكيه : المرجع السالف الذكر ص ٢٧٠

وفي القانون البحري كانت القواعد القانونية في العصور الوسطى ، وخصوصا تلك التي كانت مؤسسة على عادات « فالنس » و « مارسيليا » وغيرها ، تقضى بقيام المسؤولية قبل ربان السفينة عن أفعال هيئة الملاحه .
ومن هنا نتبين أن تطبيقات هذا المبدأ قد توسعت في العصور الوسطى كثيراً ، مما مهد لظهوره في صيغة عامة في التشريعات المحدثه .

الفرع الثاني

المبدأ في القانون الفرنسى

وتشير مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير أعظم المناقشات فيما يتعلق بالقانون الفرنسى (قانون نابليون لعام ١٨٠٤) ، حيث لم يرد فيه نص صريح يقيم مبدأ عاما للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، على خلاف الحال في كل من القانونين الألمانى والسويسرى ، بل أن كل ما ورد في القانون الفرنسى ليس إلا تطبيقات متفرقة لهذا المبدأ .

وفي عهد القانون الكنسى حيث كان الشراح يتلقفون مبادئ القانون الرومانى ليشرحوها ويعلقوا عليها ، كانت توجد تطبيقات مختلفة لهذا المبدأ . ومن يراجع « دوما » يرى أنه قد أفاض في شرح تطبيقات هذا المبدأ في حالة الشركات ، وفي حالة الإيجار ، وفي مسؤولية أصحاب الاصطبلات ، ومتعهدى النقل وغيرهم .

إلا أن هذه المسؤولية كانت تختلط حتى ذلك الوقت بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، ولم يكن هناك حد فاصل يفصل بين المسئوليتين .

وفي عام ١٨٠٤ عندما شرع القانون المدنى الفرنسى ، جاء المشرع بحالات معينة من أحوال المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(١) . وكان قد تحدّد فيه التمييز الواضح بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . ورغم ذلك فقد استرسل القضاء الفرنسى وكثير من الشراح الفرنسيين إلى الخلط بين المسئوليتين ،

(١) كالواد ١٢٤٥ و ١٧٣٥ و ١٧٨٢ و ١٩٥٣

فكان القضاء يطبق نص المادة (١٣٨٤) الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير على أحوال المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وكان الفقه التقليدى يؤيد القضاء فيما يذهب إليه ^(١) .

على أن الفقه المعاصر والقضاء المعاصر فى فرنسا ^(٢) ، قد انتبه كل منهما جيداً لهذا الخلط ، فانفسح المجال لدراسة مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وأثير الكلام حول إمكان اعتبار هذه النصوص المبعثرة المعالجة لأحوال المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، كتطبيق لنظرية عامة فى هذا الخصوص . وهذا ما سنتولى الكلام عنه عند دراستنا للأساس القانونى لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

(١) أوبرى ورو جزء ٤ ص ١٦٧ نبذة ٣٣ وديعولاب ج ٢٤ نبذة ٥٥٨ وبودرى وبارد

ج ١ نبذة ٤٥٥

(٢) راجع المقدمة ص ٧ فى الرسالة وما بعدها .

الفصل الثالث

المبدأ في التشريعات الألمانية والسويسرية

إن أبرز الأمثلة على مدى التطور الذي أصاب مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير هو المثل الذي ضربته البلاد الجرمانية وسويسرا إلى أن وصل الأمر فيها إلى إثبات نص عام يحكم المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير بشكل واضح قاطع صريح . ثم تلقفت مختلف التشريعات الحديثة هذا النص وراحت تنص عليه في قوانينها المدنية كما فعل المشرع البولوني في المادة (٢٤١) والقانون المراكشي في المادة (٢٣٣) والقانون الصيني في المادة (٢٢٤)^(١) .

ويكفي هنا على ما نحسب أن نلقى ضوءاً على تطور المبدأ في القانون الألماني وفي القانون السويسري كمثالين للتشريعات الحديثة في هذا الخصوص وستكلم في فرعين عن المبدأ : الفرع الأول تطور المبدأ في التشريع الألماني ، ثم نعبه بفرع ثان عن تطوره في التشريع السويسري .

الفرع الأول

مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في التشريع الألماني

لقد كان أمر النزاع في مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير على أوضح ما يكون في التشريعات الجرمانية . فكان القانون النمساوي وفي خارج حدود المسؤولية التقليدية قبل أصحاب الفنادق وأرباب السفن وأصحاب الاصطبلات تلك المسؤولية التي انحدرت ، كما بينا ذلك فيما سبق عن القانون الروماني ، كان القانون النمساوي لا يقضى بمبدأ مسؤولية المدين إلا عن فعله الشخصي

(١) أشرنا أن المشرع المصري قد عرض في المادة ٢١٧ ف ٣ لهذا المبدأ بطريقة غير مباشرة ، وقد تبعه في ذلك مشرع القانون المدني العراقي وستكلم عن ذلك عند الكلام على تأثير المشرعين المصري والعراقي بمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

فحسب . فإذا ما استخدم المدين أشخاصا لتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه هو ، ثم أصبح هذا الالتزام بفعل أحد هؤلاء مستحيلا ، فلا يسأل المدين إلا إذا كان قد أساء الاختيار ، أو كان قد أساء الرقابة بعدم مراقبته له مراقبة حازمة . ولذلك فإن أساس المسؤولية في هذه الحالة إما خطؤه في اختيار معاونه أو خطؤه بعدم مراقبتهم في أثناء تنفيذ الالتزام (المواد ١١٠١ ، ١١٦١ ، ١٣١٣ ، ١٣١٤ من القانون النمساوى) .

أما مجموعة قوانين سكسونيا "codesaxon" فقد بقيت أمينة على مبدأ المسؤولية عن الفعل الشخصي على أساس الخطأ في الاختيار أو في الرقابة ، وعلى مبدأ مسؤولية المدين عن فعله الشخصي وعن خطئه عندما يلتجئ " بغير أن يسمح العقد له ، إلى الغير يطلب مساعدته في تنفيذ الالتزام .

ولكن القانون البروسى "le droit prussien" الذى كان سائرا على نفس المبدأ قد أورد عدة استثناءات خطيرة تكونت منها النواة الحقيقية لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . فمن جهة وسع هذا القانون تطبيقات مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير فشملت فيه حالات المسؤولية عن النقل بالإضافة إلى حالات المسؤولية قبل أصحاب الفنادق عن فعل الغير ، هذه المسؤولية التقليدية المنحدرة عن القانون الرومانى . ومن جهة أخرى أقر القانون البروسى مسؤولية المدين عن أفعال تابعيه في عقد إجارة الأعمال : Locatium conductio operis (١) .

وفي البلاد التى كانت محكومة بالعادات الجرمانية كان من رأى فقهاء القانون الرومانى أن يميزوا بين حالتين : بين حالة ما إذا كان استخدام التابع متوقفاً في العقد وفيها لا يقيمون مسؤولية المتعاقد عن فعل تابعه على اعتبار أن المتعاقد الآخر قد توقع حصول الإخلال من جانب هذا التابع ، وأنه قد رضى بتحمل المخاطر التى قد تنتج عن ذلك . ولا تقوم مسؤولية المدين إذن في هذه الحالة إلا على أساس خطئ الشخص في الاختيار أو الرقابة . وبين حالة ما إذا كان استخدام التابع

غير متوقع في العقد فقد قالوا بمسئولية المدين مسئولية عقدية عن فعل غيره .
على اعتبار أن الدائن لم يرض بتحمل تبعه فعل الغير^(١) .

على أن نظرية مثل هذه كانت خطيرة جداً خصوصاً فيما يتعلق بعقد النقل
الذى كان من المفروض فيه أن يلجأ الناقل إلى أعوانه ومستخدميه لنقل البضاعة ،
وكان من الخطر أن يفترض تنازل الدائن عن حقه في التعويض قبل الناقل عند
تلف أو ضياع البضاعة بفعل تابعيه ، ولذلك فقد التجأ هؤلاء الشراح إلى
القانون الرومانى فى الأخذ بما يقضى به من مسئولية الناقلين فى عقد النقل ،
مسئولية مطلقة عن أفعال تابعيه^(٢) .

ثم أن الشروط الاقتصادية والظروف الاجتماعية لم تكن بطبيعة الحال
كتلك التى كانت عليه فى روما ، وأصبح الأخذ بالمبادئ الرومانية على إطلاقه ،
فما يتعلق بوضع المسئولية العقدية عن فعل الغير لا يكفى ما تتطلبه مقتضيات
التطور الاقتصادى والاجتماعى فى نهاية القرن الثامن عشر .

وفى الواقع أنه كان يمكن للمرء أن يتحقق من التقدم الواضح للخطر فى الحياة
التجارية وذلك بنسبة ما تقدمت به التجارة والصناعة الكبيرة ، فكان من
الواجب أن يتجه البحث عن قاعدة جديدة تتعلق بالمسئولية عن فعل الغير ، لأنه
كان من الصعب على الدائن أن يثبت خطأ المدين فى الاختيار أو فى الرقابة
ما دام هذا الأخير بعيداً بعض الشيء ولم يتدخل شخصياً فى تنفيذ الالتزام ،
لأن تنفيذ الالتزام هو عمل قسم كبير من الأفراد الذين يتعاونون للوصول
إلى النتيجة المطلوبة ، وأن رعاية حازمة للجمهور لم تكن لتتحقق إلا إذا
اعتبرت مسئولية رب العمل عن أفعال تابعيه مسئولية مطلقة عن خطئه .

ثم أن الرغبة فى اشتراط خطأ شخصى لقيام مسئولية رب العمل فيه مزية
كبيرة لأرباب الصناعات الكبيرة الضخمة على حساب أصحاب الصناعات
الصغيرة ، لأنه بينما يستطيع المرء أن يكتشف الخطأ ببساطة عند شخص يقوم
هو بنفسه بالعمل ، فإنه لا يستطيع أن يكتشف الخطأ عند شخص يقوم

(١) سالى — نظرية الالتزام فى مشروع القانون الألمانى من ١٦ — ١٧

(٢) راجع سالى : المرجع المشار إليه أعلاه من ١٧ وما بعدها .

بإدارة صناعات كبيرة لا يقوم هو نفسه بالعمل فيها . هذا بالإضافة إلى أن
أرباب الصناعات الكبيرة في مقدورهم التأمين على مسئوليتهم عن أفعال
تابعيهم^(١) . ولكل هذه الأسباب دفع المشرع الألماني إلى إيراد النص العام
الذي يحكم مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير في المادة ٢٧٨ من قانون
سنة ١٩٠٠ .

الفرع الثاني

المبدأ في القانون السويسرى

يقول بازولا "Bezzola" أنه من الملاحظ أن المبدأ العام في المسئولية
العقدية عن فعل الغير لم يكن مشاراً إليه في أيما تشريع من التشريعات التي
وجدت قبل توحيد قانون الالتزامات السويسرى . وإذا كان هذا المبدأ
قد اعترف به في بعض الأحيان ، فإن تنظيماً عاماً لهذه المشكلة لم يكن ظاهراً
من قبل ، وهكذا لم يكن المدين ليسأل إلا عن خطئه الشخصى في الاختيار .

وفي سويسرا أيضاً ، وتحت ضغط الضرورات الاقتصادية المتزايد ، دعا الأمر
إلى وجوب تطبيق مبدأ جديد ، مع العلم أنه تحت إلحاح تلك الاعتبارات
الاقتصادية ، وأثر مختلف النظريات التي وجدت في الفقه الألماني كانت المحاكم
في سويسرا قد دفعت إلى الأخذ بصفة استثنائية ، بمبدأ مسئولية المدين المطلقة
عن أفعال أعوانه وتابعيه .

وفي البلاد التي كانت محكومة بالقانون الفرنسى كانت المحاكم ترجع على
العموم ، إلى نص المادة ١٣٨٤ من قانون نابليون تستلهمه الحل ، إذ هو النص
القانونى الوحيد الذى يحكم — فى الظاهر — مسئولية المتبوع عن أفعال التابع .
وبصورة عامة ، وتحت تأثير القانون العام ، ما كان يستطاع أن يسقط من
الاعتبار مبدأ الخطأ . وكان هناك شعور قوى بأن هذا المبدأ بما يتجاوب وروح
القانون والعدالة والمنفعة الاجتماعية .

ومن جهة أخرى فإن الاتجاه كان يرمى إلى الفصل بوضوح بين وضع
المسئولية العقدية ووضع المسئولية التقصيرية . وإذا كان قد روى الركون
إلى معيار جديد فيما يتعلق بالوضع الأخير هو معيار « المخاطر » ، فإن الاتجاه

بالنسبة للوضع الأول — حيث كان التقدم يسير بحذر — مال إلى وجوب عدم إنكار مبدأ الخطأ .

ولهذا عند ماثار البحث في النص على مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير كمبدأ عام — حدث إن استقر الرأي على اشتراط خطأ التابع فاعل الضرر ليقام مسؤولية المدين .

إلا أن هذا المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير لم يثبت في سويسرا إلا في مشروع سنة ١٨٧١ الذي أشار إليه لأول مرة في المادة « ١٤٦ » منه . وفي مشروع « ١٨٧٨ » نص على هذا المبدأ كذلك في المادة (١١٦) . وفي قانون التزامات السويسري الاتحادي لعام ١٧٨١ نص عليه هكذا : « يسأل المدين عن خطأ أعضاء أسرته الذين يعيشون تحت سلطته وعن خطأ مستخدميه وعماله (١) » .

وأخيراً استقر المبدأ في المسؤولية العقدية عن فعل الغير بالنص الشهير في قانون التزامات السويسري الاتحادي العام ١٩١٢ على الوضع التالي في المادة « ١٠١ » .

« إن كل من عهد ، ولو بطريقة مشروعة ، إلى بعض معاونة كأهل منزله أو مستخدميه أمر العناية بتنفيذ أو مباشرة حقوقه قبل مدينيه ، كان مسئولاً في مواجهة الطرف الآخر عما قد يقع منهم من ضرر في أثناء تأدية وظائفهم » .

الفصل الرابع

المبدأ في الشريعة الإنجليزىة والشريعة الإسلامية

يجمع هذا الفصل بين دراسة مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون الإنجليزى وبين دراسته في الشريعة الإسلامية . وقد جمعناهما في هذا الفصل لعظم المشابهة بينهما فيما يتعلق بالإطار أو الشكل العام لكل منهما ، وبالطابع الخاص الذى يميز هاتين الشريعتين عن غيرهما من التشريعات وعلى الأخص التشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية .

الفرع الأول

المسؤولية العقدية عن فعل الغير في الشريعة الانجلوسكسونية

من المعلوم أن الجزء الأكبر من النظام القانونى الإنجليزى يقوم على العادات وأن هذا النظام من حيث الشكل العام والصياغة — كالشريعة الإسلامية (١) . والقانون الإنجليزى (٢) ، يختلف عن النظام القانونى اللاتينى والنظام القانونى الجرمانى . ذلك أنه لا توجد في النظام الإنجليزى نظرية عامة تسيطر فيه على كل فروع القانون بل توجد قواعد لحالات خاصة فرعية جزئية ، وتقرر كل قاعدة منها حكما ، وقد يكون هذا الحكم حكما عاما ، وقد يقيد بحالة بعينها . وقد كان للتطور الاقتصادى الذى ظهر مبكرا في انجلترا أثره في أن يفرض نشوء قاعدة لتطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في حالات كثيرة

(١) راجع في طبيعة النظام القانونى الإنجليزى واختلافه عن النظام القانونى اللاتينى وعلى الأخص النظام القانونى الفرنسى . لبي ايلمان : دروس للدكتوراه على طلبية حقوق باريس في القانون المدنى المقارن عام ١٩٣٦ — ٣٧ . مكتبة محكمة النقض — القاهرة رقم ٢١٠٣ يومية . وارثر كورتى الشرح الموجز للقانون المدنى والتجارى الإنجليزى باريس ١٩٢٨ ص ٢٠ . وراجع في علاقة النظام القانونى الإنجليزى بالشريعة الإسلامية السهوى نظرية العقد هامش ص ٦

(٢) راجع R. Popeseo-Ramineano رسالة باريس مبدأ النيابة في الأعمال القانونية في القانون المقارن المقدمة ص ٨ و ص ٤٩٧

الفرع الثاني

المسئولية العقدية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية

وخلافا للتشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية التي عنيت بصياغة القواعد القانونية في نظريات موحدة عامة لم تعن الشريعة الإسلامية بهذا الأسلوب في الصياغة القانونية . ولهذا السبب لو أراد الباحث أن يصوغ ، مما تحت يديه من التطبيقات الشرعية ، مبدأ عاماً يحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير لكان عمله هذا ضرباً من العبث .

نعم قد نجد لهذا المبدأ بعض التطبيقات في بعض الأحوال ، ولكن المبدأ العام السائد في الشريعة هو المسئولية العقدية عن الفعل الشخصي إذا صح أنه يمكن أن يوجد ما يدعى بالمبدأ العام في المسئولية العقدية في الشريعة الإسلامية . ومن يتصدى لبحث المسئولية العقدية في الشريعة الإسلامية يلاحظ أن المعنى الدقيق لهذا الاصطلاح لم يعن به فقهاء الشريعة ، وأن التعويض المعروف لا يثور فيه البحث إلا بخصوص مناقشة تحمل تبعة الهلاك ^(١) .

فن التطبيقات الظاهرة التي يطبق فيها فقهاء المذاهب الإسلامية ، مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ما قال به بعض فقهاء الحنفية من ضمان الأجير المشترك لأفعال من يعهد إليه أمر القيام بالعمل وقد قيد بعضهم ذلك بقيود ^(٢) . ففي مبسوط السرخسي ولو وطأ الأجير الخاص للقصار على ثوب مما لا يوطأ عليه في دقه فكان الضمان عليه خاصة لأنه غير مأذون من جهة الأستاذ في الوطأ فكان متعدياً فيما صنع . وإن كان مما يوطأ عليه فلا ضمان عليه لأنه مأذون في الوطء عليه فيكون فعله كفعل الأستاذ . وإن كان الثوب وديعة عند القصار فالأجير ضامن وإن كان ذلك مما يوطأ عليه لأنه غير مأذون في بسطه والوطأ عليه من جهة الأستاذ فإنه إنما أذن له في العمل في ثياب القصار دون ودائع

(١) راجع شفيق شعانة : النظرية العامة للاتزمات في الشريعة الإسلامية رسالة القاهرة ١٩٣٦ ص ٩٠ وما بعدها فقرة ٥٠ . وأستاذنا فضيلة الشيخ على الحقيف الحق والذمة دروس على طلبة قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ص ١٦٣ .

(٢) راجع كتاب العقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن الجزيري مطبعة السعادة ١٩٣٥ الطبعة الأولى جزء ٣ ص ١٩٧ تحت رقم ٢٢٦٧٢ مكتبة كلية الحقوق .

الناس عنده . ولو حمل الإنسان حملاً في بيت القصار ومن ثياب القصاره فعثر وسقط فتمخرق بعضها كان ضمان ذلك على القصار دون الأجير لأنه مأذون في هذا العمل من جهة الأستاذ (القصار) . ولو دخل بنار السراج بأمر القصار فوقعت شرارة على ثوب من القصاره أو وقع السراج من يده ، فأصاب دهنه ثوباً من القصاره فالضمان على الأستاذ دون الغلام لأنه مأذون من جهته في إدخال النار بالسراج . ولو أن غلام القصار انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت على ثوب القصاره فخرقته فالضمان على القصار دون الغلام لأنه مأذون من جهة الأستاذ . ولو وقع على ثوب إنسان من غير القصاره ، كان ضمان ذلك على الغلام دون القصار ، لأنه غير مأذون في دق ذلك الثوب . ولو وقعت المدقة على موضعها ثم وقعت على شيء بعدها فلا ضمان على الأجير لأنها كما لو وقعت على المحل المأذون فيه فصار العمل مسلماً وخرج من جهة الأجير ، فلا ضمان عليه بعد ذلك وإنما الضمان على الأستاذ^(١) .

ومن هذه التطبيقات أيضاً ما قالوا به من مسئولية السيد عن أفعال العبد . ففي القواعد للحافظ بن رجب الحنبلي : ضمان السيد للعبد . قال في الفنون الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمي ، وما لا يحال عليه الضمان كالحیوانات والجمادات^(٢) . فإذا حل قيد العبد لم يضمن ، وهذا الذي قاله يصح لو كان العبد من أهل الضمان لسيدته ، فإذا لم يكن من أهل الضمان للسيد تعين إحالة الضمان على المتسبب^(٣) .

وما جاء في « مفتاح الكرامة » . ولو أجر مملوكه أو استوجر بإذنه فأفسد ضمن المولى في سعيه كما في الشرائع والتحرير والمختلف وقال في النهاية كان مولاه ضامناً لذلك وهو خير الكافي ، قال ولا يجوز استئجار العبد ، ولا الأمة ولا المحجور عليه لسفه أو صغر ، إلا بإذن الولي وضمن ما يفسدون عليه ،

(١) يشبه هذا في القانون الوضعي الفصل بين الفعل الذي يقع أثناء تأدية الوظيفة والفعل الذي يقع خارجها .

(٢) المبسوط للإمام السرخسي الحنفی : ج ١٦ ص ١١ وما بعدها

(٣) القواعد لأثرى الفرج بن عبد الرحمن بن رجب الحنبلي والقاعدة ٨٩ ص ٢٠٤

فلم يقيده بكونه في كسبه وهو خيرة الإرشاد والروض وجمع البرهان . وفي التهذيب في الحسن عن أبي عبد الله (الصادق) عليه السلام ، قال : قضى أمير المؤمنين (علي بن أبي طالب) في رجل كان له غلام استأجره صانع أو غيره قال إن كان قد صنع شيئاً أو أبق منه فواليه ضامنون ^(١) .

وأظهر مثال لتطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ما جاء في المنتزع المختار قوله والذاهب في الحمام يجب ضمانه (بحسب العرف) لأن الحمامي كالأجير المشترك في ضمان اللباس والطاسة وما أشبه ذلك أن جرى العرف بتضمينه وإنما يضمن بشرطين الأول أن يضع ثيابه بحضرته أو بحضرة أعوانه والثاني أن يترك الثياب في الموضع المعتاد ^(٢) .

على أن القاعدة العامة للمسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية هي التي تنهض على أساس الخطأ الشخصي كما قلنا ، وإن كانت هذه المسؤولية في الشريعة لا تتسع كاتساعها في الشرع الوضعي . ففيها لا يقوم التعويض إلا عند حالة استحالة التنفيذ الناتجة عن هلاك الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه . أما في غير ذلك من الأحوال فليس فيها مجال لتعويض الدائن . فإذا ما امتنع المدين بالالتزام بعمل عن القيام بالوفاء بالالتزام ولم يمكن التنفيذ العيني فلا يصار إلى التعويض بل يكون هناك مجال للفسخ فحسب . وكذا الأمر فيما لو أجر شخصاً أو استأجر داراً وامتنع الأجير عن تسليم نفسه أو امتنع المؤجر عن تسليم الدار ^(٣) .

وتقوم قواعد ضمان الهلاك في الشريعة الإسلامية على القواعد الكلية الآتية :
أولاً : لا ضرر ولا ضرار .

ثانياً : الضرر يزال .

ثالثاً : الجواز الشرعي ينافي الضمان .

(١) مفتاح السكراة في شرح قواعد العلامة للسيد محمد جواد العاملي جزء ٨ ص ٢٧٧ وما بعدها في كتاب الإيجار في فقه الشيعة الإمامية .

(٢) المنتزع في فقه الأئمة الاطهار أبو الحسن عباقة بن مفتاح جزء ٢ ص ٢٨٤

(٣) راجع الدكتور شفيق شعاعته رسالة القاهرة ص ٩٠ وراجع أيضاً أستاذنا الجليل الشيخ علي الحفيف نظرية الحق والذمة ص ١٦٣ المشار إليهما آنفاً . وراجع في أسباب الضمان وموجباته القواعد لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ص ٨٩ وما بعدها .

- رابعاً : المباشر ضامن وإن لم يتعمد .
خامساً : إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر .
سادساً : الأجر والضمان لا يجتمعان^(١) .

ففي جميع مسائل ضمان الهلاك تطبق هذه القواعد في مختلف المذاهب على اختلافها في تفاصيل الأحكام ويمكن أن نستقي من كتبهم فيما عالجوه من مسائله في الإيجار والوديعة والغارية والرهن والوكالة لنقف على ما يروونه بشأن المسؤولية .

الإيجار :

ففيما يتعلق بالإيجار فإن قواعد الشريعة الإسلامية تقضى بأن المستأجر مأذون في الانتفاع بالمأجور هو وعياله وله أن يستعمله حسب ما أهد له . وهو في كل الأحوال لا يسأل إلا بفعله الشخصي . فإن هلك المأجور بيده بدون تعد انفسخ الإيجار ، ولا يضمن حسب القاعدة القائلة بأن الأجر والضمان لا يجتمعان . وإذا هلك بتقصيره فإنه يكون غاصباً . أما إذا هلك بفعل غيره سواء أكان من فعل من هم عياله أو أجنبي فإنه لا يكون غاصباً حسب القاعدة التي تقول إن الجواز الشرعي ينافي الضمان (ضمان الغصب) وحكم هلاك المأجور في هذه الحالة حكم سائر الأمانات .

ومذهب الحنفية في هذا الشأن أن للمستأجر أن يسكن بنفسه أو يسكن غيره بأجرة أو بغير أجرة حتى لو شرط أن يسكن وحده فهذا الشرط لا يعمل به ، ومثل الدكاكين والدور كل شيء لا يختلف باختلاف المستعمل كالأرض الزراعية والآدمي المستأجر للخدمة . أما ما يختلف باختلاف المستعمل فإنه لا يصح أن يؤجرها لغيره وللمستأجر أن يعمل فيها كل ما لا يضر بها^(٢) . وحكم العامل عند الحنفية هو أنهم قسموه إلى أجير خاص وأجير مشترك . وحكم الأجير المشترك أنه فيما هلك في يده تفصيل وذلك لأنه إما أن يهلك بفعله

(١) راجع كتاب المعاملات للشيخ أحمد أبو الفتح ص ١٨ وما بعدها ومجلة الأحكام العدلية المقدمة في القواعد العامة .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ١٥٥ وما بعدها .

أو بفعل غيره فإن هلك بفعله فإنه يضمنه سواء كان متعدياً أم لا . وإذا هلك بفعل غيره فإن كان للعامل أن يحترز عن الهلاك ثم قصر فإنه يضمن كذلك أما إذا لم يمكنه أن يحترز فإن في ذلك خلافاً فبعضهم يقول يضمن مطلقاً سواء كان معروفاً بالصلاحيات أم لا وبعضهم يقول لا يضمن بشرط الصلاح والبعض الآخر يقول لا يضمن مطلقاً^(١) . وقد جاء هذا الباب في « مجمع الضمانات » عن ضمان مستأجر الدواب والأمتعة والعقار في ص ١٢ و ٢٤ و ٣١ وقال في ضمان الحارس : استأجر رجلاً لحفظ الخان فسرق من الخان لا ضمان على الحارس لأنه يحفظ الأبواب ، ويسأل الأجير المشترك بالتقصير (ص ٣٤) .

وجاء فيه دفع إلى نساج غزلاً لينسجه ودفع النساج إلى آخر لينسجه فحرق في بيت الآخر فلو كان أجير الأول براً ولو كان أجنبياً ضمن النساج الأول لا الآخر عند أبي حنيفة وعندهما (أى عند محمد وأبي يوسف) ضمن أيهما شاء . وجاء فيه أيضاً لو فرغ الخياط من العمل وبعث بالشوب على يد ابنه الصغير إلى مالكة فهل في الطريق لا يضمن لو كان عاقلاً يمكنه الحفظ وإلا ضمن^(٢) .

ويورد صاحب القواعد رأى الحنابلة فيقول : العقد الوارد على عمل معين أما أن يكون لازماً ثابتاً في الذمة بعوض كالإجارة ، فالواجب تحصيل ذلك العمل ولا يتعين أن يعمل المعقود معه إلا بشرط أو قرينة تدل عليه ، وأما أن يكون غير لازم وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الإذن فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه في عمله إلا بناء على إذن صريح أو قرينة دالة عليه . وله صور : فالأجير المشترك يجوز له الاستئابة في العمل لأنه ضمن تحصيله لا عمله بنفسه . واستثنى الأصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوتاً كالنسخ فليس له الاستئابة فيه بدون إذن المستأجر صريحاً . ونقلت من خط القاضي

(١) المرجع السابق ص ٢٠٠ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٠ وهنا نلاحظ اختلاف وجهة نظر الشريعة والقوانين الوضعية فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير ، إذ أن أساس المسؤولية في الشريعة هو التقصير ولهذا لو كان المباشر أجنبياً في هذه الحالة لم يضمن النساج بخلاف ما إذا كان أجنبياً فالضمان يقع عليه أى على النساج لأنه يعتبر مقصراً بالرجوع إلى الأجنبي لنسج الغزل وكذا في الحالة الثانية .

على ظهر جزء من خلافه قال نقلت مسائل ابن أبي حزب الجرجاني قال سمعت أبا عبد الله سئل قال دفعت ثوباً إلى خياط فقطعه ثم دفعه إلى آخر ليخيطه قال هو ضامن ، ولعل هذا فيما إذا دلت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستأجر لجودة صناعته وخدمته وشهرته بذلك ولا يرضى المستأجر بعمل غيره والمذهب الجواز بدون القرينة (١) .

ويقول المالكية أنه يجوز وإن كان مكروها لمن استأجر دابته أن يؤجرها لمن هو مثله في الخفة ولا ضمان عليه إن ضاعت بلا تفريط أو ماتت إما إذا أجرها ليحمل عليها شيئاً فإنه يجوز له أن يؤجرها غيره ليحمل عليها مثل ذلك وعلى هذا الحنابلة أيضاً (٢) .

وقال الشافعية كما عبر عنه في نهاية المحتاج : ولو تعدى المستأجر في ذات العين ضمن بالتعدى (٣) . وجاء في مفتاح الكرامة في فقه الامامية : الدين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعد أو تفريط منه ولا نعلم في ذلك خلافاً . وكذا يد الأجير على الثوب الذي تراد خياطته أو صنعه أو قصارته أو على الدابة لرياضتها سواء كان مشتركاً أو خاصاً .

والضمان محكى عن يونس بن عبد الرحمن قال في المقنعة القصار والخياط وأتباعهم من الصناع يضمنون ما تسلبوه من المتاع إلا أن يظهر هلاكه منهم ويشتهر بما لا يمكن دفعه (دفعه) أو تقوم لهم بينة بذلك . ثم قال والملاح والمكاري والجمال ضامنون للأمتعة إلا أن تقوم لهم بينة بأنه هلك من غير تفريط ولا تعد فيه ، وقال في الانتصار الصناع كالقصار والخياط وما أشبههما ضامنون المتاع الذي يسلم إليهم إلا أن يظهر هلاكه ويشتهر بما لا يمكن دفعه أو تقوم بينة بذلك (٤) .

(١) القواعد القاعدية ٦٩ ص ١٢٣ .

(٢) فقه المذاهب الأربعة المرجع السالف الذكر .

(٣) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٣٦ .

(٤) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٩٥ وفيه أيضاً عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام في رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفتت فقال إن كان شرط عليه ألا يركبها غيره فهو ضامن وإذا لم يسم فليس عليه شيء ج ٦ ص ٧٥ .

وفي المنتزع على مذهب الزيدية قال والإجارة يدخلها أربعة أشياء والرابع (التضمن) للعين المؤجرة فيضمنها (يقصد المستأجر) ولو كانت بغير تفريط، ولو فسدت الإجارة بأى وجه فضمانه ضمان المشترك فى الصحيحة والفاصلة جميعاً. قوله (غالباً) يحتز من تضمن ما ينقص بالاستعمال فإنه لا يصح، بل يكون الشرط باطلاً. وهذا حاصل كلام المنتزع فى ضمان مستأجر الدواب وفى إجارة آدميين. قال فى بيان الأجير الخاص: وأحكامه إذا ذكرت المدة وحدها ولم يعين العمل فهو الأجير الخاص وتتبعه أحكام مخصوصة، قال (والحكم الثانى) أنه لا يضمن إلا فى صورتين أحدهما أن يتلف بتفريط وقع منه. والثانى قوله (أو تأجير على الحفظ) فإنه يضمنه ضمان المشترك. والأجير المشترك يضمن بشرط اليد، إلا حيث تكون العادة جارية على أن الأجير المشترك لا يضمن. ويقول وحاصل الكلام فى المسألة أن المالك لا يخلو أن يأذن للأجير بالاستئابة أو يمنعه أو يطلق. إن إذن فلا تعد وكان ضمانها ضمان المشترك وإن منع كان متعدداً والخلاف فى الإطلاق. وقال فى فصل بيان من يضمن ومن لا يضمن الذى لا يضمن المستأجر والمستعير والمستأتم (وهو المتروى للسلع وقيل الدلال ومثله المشتري بخيار لهما أو للبائع) فهو لاء الثلاثة لا يضمنون أما إذا شرط على المستأجر والمستعير الحفظ فهما فيه كالأجير المشترك والمذهب لا ضمان مطلقاً^(١).

الوديعة:

الخفية قالوا يضمن الوديعة الوديع إذا ضاعت أو تلفت فى أمور منها أن يدفعها لأجنبى عنده فتلفت أو تضيع دون ضرورة. على أن للوديع أن يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة من عياله وإن لم يسكن معه بالفعل أو يتفق عليه فيجوز له أو يحفظها عند ولده وزوجه كما يجوز له أن يحفظها عند والديه وأن لم يحسب من عياله. فإذا دفع الوديعة لولده ونحوه بمن يساكنهم فهلكت عند الثانى فإن الأول لا يضمن لأنه دفعها لمن يصح أن يحفظ

عنده ماله وإنما يشترط أن يكون الولد ونحوه قادراً على حفظ الوديعة ومعروفاً بالأمانة^(١).

وجاء في فتح القدير قال : الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت في يد المودع لم يضمن لقوله (صلعم) « ليس على المستعير غير المخل ضمان ولا على المستودع غير المخل ضمان ؛ وذلك لحاجة الناس إلى الاستيداع فلو ضمانه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم . قال والمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله ، لأن الظاهر أنه يلزم بحفظ ما غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله . لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة أو الزوجة فكان المالك راضياً به ، أما إن حفظها بغيرهم أو أودعها غيره ضمنها^(٢) .

وتنص « الفتاوى الهندية » ، على أنه : وللمودع أن يدفع الوديعة إلى من كان في عياله كأن يكون المدفوع إليه زوجه أو ولده أو والديه إذا لم يكن متهماً يخاف على الوديعة منه هكذا في فتاوى قاضيخان ، والعبرة في هذا الباب في المساكنة معه سواء كان في نفقته أم لا في حق الزوجة والابن الصغير والعبد فالابن الصغير إذا لم يكن في عياله فدفع إليه لا يضمن ولكن يشترط أن يكون الصغير قادراً على الحفظ ، والزوج إذا كان يسكن في محلة والزوجة تسكن في محلة أخرى فدفع إليها الوديعة فلا ضمان عليه .

وتنص المادة ٧٧٨ من مجلة الأحكام العدلية أنه إذا وقع من يد خادم المستودع شيء على الوديعة فتلفت لزم الخادم الضمان وتنص المادة ٧٨٠ على أن الوديعة يحفظها المستودع بنفسه أو يحتفظها أمينه كمال نفسه فإذا هلكت في يده أو عند أمينه بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه ولا على أمينه . وتنص المادة ٧٩٥ على أنه يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته أو على يد أمينه وإذا أرسلها وردها بواسطة أمينه فهلكت قبل وصولها للمودع بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان .

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ٣٤٥

(٢) نتائج الإنكار في كشف الرموز والاسرار على فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٧ ط أولى

سنة ١٣١٧ ص ٨٩ وما بعدها .

وقال المالكية يضمن الوديع الوديعة بأمور كان يودعها عند أمين آخر بدون إذن صاحبها فإذا فعل وضاعت كان ضامناً لها بشرطين : أن يودعها عند أجنبي أما إذا أودعها عند زوجه أو أمه أو شخص آخر استأجره لخدمته فإنه لا يضمن والثاني أن يودعها عند الأجنبي بغير عذر^(١) .

وجاء في المدونة الكبرى جواز الإيداع عند الأمين وهو مذهب المالكية^(٢) . وذهب الحنابلة كما جاء في القواعد إلى أن قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكة إن كان يجوز له إقباضه فهو أمانة عند الثاني إن كان الأول أميناً وإلا فلا أو لم يكن إقباضه جائزاً فالضمان عليهما ويتخرج وجه آخر ألا يضمن غير الأول من ذلك مودع المودع فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحد منهما وإن كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول ومنه المستأجر من المستأجر فإن كان يجوز الإيجار بأن كان ممن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان^(٣) .

والشافعية قالوا الوديع أمين لا ضمان عليه بحسب الأصل وإنما يضمن لعارض من العوارض سواء كانت الوديعة بأجرة أو بغير أجرة ومن صور هذه العوارض أن يدفعها إلى شخص آخر سواء كان ذلك الشخص أجنبياً عن الوديع أم ولداً أو زوجة أو خادماً . وكذا ليس له إيداعها عند القاضي إلا بإذن مالكة . نعم للوديع أن يستعين في حفظها بحارس أو خادم يعلفها ويسقيها إذا كانت دابة بحسب ما جرت به العادة ويضمنها بشرطين الأول أن يفعل بدون إذن صاحبها والثاني بدون عذر^(٤) .

وفي نهاية المحتاج الوديعة أمانة غير مضمونة إلا بالتفريط^(٥) . وقال الشافعي — رحمه الله — لو أودع الرجل الوديعة فاستودعها غيره ضمن أن تلفت ، لأن المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره وكان

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٣٥٢

(٢) المدونة الكبرى ج ٤ ص ٣٥١

(٣) القواعد القواعد ٩٤ ص ٢١٦

(٤) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٣٥٨

(٥) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٥٦

متعدياً ضامناً أن تلقت^(١) . وهذا هو فقه الإمامية أيضاً قال في مفتاح الكرامة : موجبات الضمان وينتظمها شيء واحد هو التقصير ومن أسبابه الإيذاء فلو أودعها عند زوجته أو عبده أو أجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ولا إذن ضمن^(٢) .

وعند الزيدية هي أمانة إجماعاً فلا تضمن إلا لتعد من الوديع وهو أن يتصرف فيها لنفسه كاستعمال نحو أن يلبس الثوب أو يركب الدابة ونحو إعارة أو تأجير أو رهن فإنه يصير ضامناً بذلك لأجل التعدى أو وضع الوديعة مع من لا يستحفظ مثلها معه ضمنها فلو وضعها مع من يثق به من أهله وولده وسائر من يثق به في أمواله ليحفظها في منزله الذي يسكنه فتلقت لم يضمنها . وإن دفعها إلى هؤلاء ليحفظوها في غير منزله الذي يسكنه ضمنها وهذا قول زيد ابن علي وقال « ش » يضمن في كل ذلك إلا أن تدعو الضرورة إليه^(٣) .
العارية :

والعارية أمانة بالإجماع ولا يضمن المستعير إلا إذا تعدى أو فرط فيها أو خالف المعروف في استعمالها . وقال في مجمع الضمانات العارية أمانة إن هلك من غير تعد خلافاً للشافعي . ومحل الخلاف أن تهلك في غير حالة الاستعمال أما لو هلك في حالة الانتفاع لم يضمن بالإجماع^(٤) .

وقال في فتح القدير والمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له أن يعيره لأنها إباحة المنافع والمباح له لا يملك الإباحة ، وهذا أى الإعارة إباحة ، لأن المنافع غير قابلة التملك لكونها معدومة وإنما جعلت موجوده في الإجارة للضرورة وقد اندفعت في الإعارة بالإباحة فلا يصار إلى التملك . ولنا أنها تملك المنافع على ما مرت حيث ضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يعير لملكه المنفعة^(٥) .

(١) كتاب الأم ج ٧ ص ١٠٦

(٢) مفتاح الكرامة ج ٦ ص ١٦ وهو يقول وهذا عند علمائنا .

(٣) المنتزع المختار ج ٣ ص ٥١١ وما بعدها . يقصد به (ش) الإمام الشافعي .

(٤) مجمع الضمانات ص ٥٥ . وراجع المبسوط ج ١٦ ص ١٥٦ .

(٥) فتح القدير ج ٧ ص ١٠٦ هامش شرح العناية .

وتنص المادة ٨٣٤ من المجلة أن للمستعير أن يودع العارية عند آخر فإذا هلك في يد المستودع بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان .

وهذا هو رأى الحنابلة والمالكية^(١) . وقال في مفتاح الكرامة : العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلا بالتفريط في الحفظ أو التعدي أو اشتراط الضمان وهذا بالإجماع كما في جامع المقاصد وفي المهذب البارع والمغنية . وقال للمستعير الانتفاع بما جرت به العادة^(٢) . وفي المنتزع أحكام العارية أنها تضمن بالتضمن (أى شرط الضمان) ، وكذا التفريط إذا جرى من المستعير كأن يودعها بغير عذر أو يردّها مع غير معتاد ، أو نحو ذلك فإنه يضمن^(٣) .

الرهن :

قال الحنفية إن الرهن مضمون بالآقل من القيمة ومن الدين وبأنه لا يجوز الانتفاع به إلا بإذن الراهن . وقال في مفتاح الكرامة أن الرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمن أن هلك كما في المقنع والنهاية والمبسوط وفي الدروس أنه أمانة لا يضمن إلا بتعد أو تفريط على الأشهر ونقل فيه الشيخ الإجماع هنا وفي المنتزع أن المرهون مع المرتهن كالوديعة في أنه لا يجوز الانتفاع به إلا بإذن الراهن ولا تأجيله ولا رهنه ولا شيء من التصرفات وإذا تصرف فيه ضمن^(٤) .

الوكالة :

يتفق فقهاء الشريعة على الإجماع في أن تصرف الوكيل لا ينفذ على موكله إلا في حدود ما وكل به . فإذا وكل آخر من غير إذنه لا يصح . وقال المالكية إنه يصح في حالتين ، الأولى أن يكون وكيلًا على أمر لا يليق به أن يتولاه بنفسه كما إذا وكله ببيع دابة في الطريق العام . ثانيًا أن يوكله على عمل كثير

(١) راجع القواعد ج ٣ ص ١٦٧

(٢) مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٦٩

(٣) المنتزع المختار ج ٣ ص ٤٣٠

(٤) راجع مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٥٩٦ والمنتزع المختار ج ٣ ص ٤٠٣ وراجع أحكام الرهن في المذاهب الأربعة في الفقه على المذاهب الأربعة .

لا يستطيع أن يتولاه وحده وهذا ما يراه الحنابلة والشافعية والحنفية^(١) .
والمهم في كل هذا أنه إذا صح التوكيل فلا يسأل الوكيل الأول عن أفعال الوكيل
الثاني ، ويلاحظ أن هذه الحالة تشبه وضع المسألة بالنسبة للقوانين الوضعية .
ونستخلص من كل ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية يقيمون على وجه
الإجمال مسؤولية الإنسان على فعله الشخصي ، وأنهم يميزون في مسؤوليته عن
أفعال الغير بينما إذا كان مأذوناً في التصرف فيما عنده ، وبينما إذا كان غير مأذون
ففي الأولى يسأل الغير فقط فهو الفاعل المباشر عن هلاك الشيء موضوع العقد
إذا كان متعدياً ، ويسأل الأول في الثانية لأنه متعد ، وقد يسأل معه « الغير »
إذا كان قد تلقى الشيء عن طريق غير شرعي . وأن فقهاء الشريعة الإسلامية
بما عرف عنهم من الدقة الفائقة في اختيار وانتقاء الألفاظ قد أطلقوا كلمة
الضمان على الأحوال من المسؤولية التي يسأل فيها الشخص بدون تعد منه
ولا تفريط . وهم يطلقونها أيضاً على أحوال المسؤولية بالمعنى الفني الدقيق ،
وذلك باعتبار أن الإنسان يضمن أخطائه الشخصية مع ما ينتج عنها من
ضرر للغير .

ونحن نرى أنه مامن مانع يمنع على الإطلاق اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية
— مع ملاحظة ما يقال من أن باب الاجتهاد مقفول في المذاهب الأربعة —
في ترتيب أحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير والاختصاص بها إذا دعت إلى ذلك
المصلحة فالقواعد الكلية العامة في الشريعة كلية في هذا الشأن .

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٢٧٥ وما بعدها .

الفصل الخامس

تاريخ مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير

في القانونين المصري والعراقي

تلعب مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير دوراً خطيراً في هذين القانونين ويجمع بينهما أن كلا منهما قد أورد نصاً عاماً واحداً متشابهاً اعترف فيه دلالة بقيام المبدأ العام لهذه المسؤولية . وقد كان المشرع المصري للقانون المدني القديم قد حذا حذو القانون الفرنسي في إيراد نص لخصوص متفرقة تعالج مشكلة المسؤولية عن فعل الغير دون أن يعنى بالإشارة في نص من نصوصه إلى المبدأ العام . وعلى هذا فسنبحث في فرعين عن تاريخ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في كل من القانونين المصري والعراقي .

الفرع الأول

الوضع في التشريع المصري

لقد تتبع المشرع المصري خطوات المشرع الفرنسي فكان مشروع القانون المدني القديم يسير على هدى القانون الفرنسي لعام ١٨٠٤ دون أن يعنى بتجديد أو ابتكار ، وقد كانت ظروف سن القانون القديم هي التي أجبرته على هذا التقليد ولم تمكنه من الابتكار والتجديد^(١) .

وعلى ذلك فإن نفس التطبيقات التي وردت في نصوص القانون الفرنسي هي نفسها التي يلقيها الباحث بين نصوص القانون المدني القديم .

ولقد تابع الفقه المصري الفقه الفرنسي في المناقشات التي دارت حول إمكان

(١) راجع أحمد زكي الشيب: مذكرة في تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني الجديد — القاهرة ١٩٤٩ ص ١ وما بعدها .

تعميم هذه النصوص لإقامة نظرية عامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(١) .
على أن الأمر قد اتضح بصورة قاطعة . إذ دخلت مشكلة المسؤولية عن فعل
الغير في الميدان التعاقدى بعهد جديد في التشريع المدنى الحالى على أساس النص
الوارد فى المادة ٢١٧ ، والذي يمكن الاستنتاج منه عن طريق دلالة الإشارة
وجود المبدأ العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير . غير أنى لم أصل لحد
الساعة إلى إدراك الحكمة من عدم النص فى هذا القانون على المبدأ العام بنص
قاطع صريح .

تنص المادة (٢١٧) عند كلامها على اشتراطات الإعفاء من المسؤولية ،
على أنه « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب
على عدم تنفيذ التزامه العقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئة الجسيم ومع
ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى
يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

الفرع الثانى

المبدأ فى القانون العراقى

كانت مجلة الأحكام العدلية . وهى مجموعة قواعد قانونية أخذت من النصوص
الشرعية لمجموع الفقه الحنفى فى الشريعة الإسلامية ، هى القانون المدنى فى العراق
قبل أن يصدر القانون المدنى العراقى الجديد الذى حل ميعاد تطبيقه فى ١٩٥٣/٩/٨^(٢) .
وقد سبق أن عرضنا عند دراستنا المقارنة لمسلك الشريعة الإسلامية
من ناحية وضع المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، فقلنا إن الشريعة الإسلامية
لم تكن لتعنى بتوحيد مختلف التطبيقات التى ترجع إلى وضع قانونى معين

(١) سليمان مرقص . المرجع المشار إليه سالفا ص ٤١٠ ، وهجت بدوى . أصول الالتزامات

ص ٤٥٧

(٢) أشارت جريدة الأهرام صباح يوم ١٦/١٠/١٩٥٣ إلى أن مشرع القانون العراقى العلامة
العميد الأستاذ السهنورى قد لبى الدعوة التى وجهها إليه وزير العدل العراقى لأخذ وجهة نظره فى
كيفية تطبيق القانون الجديد ووضع الخطوات اللازمة لذلك . وقالت (المصرى) إن القانون المدنى
الجديد قد طبق فعلا .

لتصوغ منه نظرية عامة ، بل تكتفى بإيراد مجرد القواعد القانونية التفسيرية لا غير .

فتاريخ مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في العراق كان يقوم إذن على نفس الأساس التي كانت تماج به هذه المشكلة في الشريعة الإسلامية . وقد كان القانون التجارى العراقى الذى صيغ على أسلوب حديث يقدم فى الماضى أمثلة تطبيقية لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(١) غير أنه لم يكن من الميسور إقامة مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير على أساس النصوص المتفرقة للقانون التجارى نظراً للطبيعة الاستثنائية لهذا القانون .

ولكن الأمر قد تغير لصدور القانون المدنى العراقى الجديد والذى حل موعده تنفيذه فى ٨ أيلول سبتمبر من هذا العام كما عرضنا أعلاه . فلقد أشار المشرع العراقى الجديد إلى هذا المبدأ ناسجاً على منوال زميله المشرع المصرى الجديد فى المادة ٢٥٩ التى نقلت حرفياً عن المادة ٢١٧ من القانون المصرى المشار إليه .

(١) تنص المادة ٣٣٣ من قانون التجارة العراقى رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٩ على أن الناقل مسئول عن الأخطار والأفعال الصادرة من قبل الناقلين الذين قاموا مقامه أو من قبل معاونيه والأشخاص الذين أودع إليهم نقل الأشياء حتى تسليم الأشياء المرسل إليه . وتنص المادة ٣٦٠ منه . لا يكون الناقل مسئولاً عن الحوادث التى يتعرض إليها المسافرين قضاءاً وقدراً أثناء السفر ما لم يثبت أنها حدثت بفعل الناقل أو بتقصيره أو بأفعال من هو مسئول عنهم .

الباب الثاني

الأساس القانوني للمبدأ العام في المسؤولية العقدية

عن فعل الغير

محرر : خطورة تحديد ودراصة هذا الأساس القانوني :

إن مشكلة الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير كما يقول ساورك^(١) soarec تشغل في أعلى درجاتها أفكار العالم القانوني فإنه وإن كانت هذه المشكلة قد نوقشت خلال الثلاثين سنة الأخيرة إلا أنه ليظهر أن هذا النقاش لا يمكن أن ينتهى أو أن يكف عنه ، فهو بما ليس منه بد ، وذلك لأن هذه المشكلة على درجة واضحة من الصعوبة والتعقيد ، وإنها في الحقيقة لتعكس أفكارنا الخاصة فيما يتعلق بنفس التنظيم الاجتماعي الذي نخضع له .

وعندى أن لرأى وساورك قيمة كبرى فيما يخص بحث الأساس القانوني في القانون المدنى الفرنسى بحالته الراهنة والقوانين التى تأخذ عنه حرفياً ، أما فى القوانين الحديثة التى أخذت عن القوانين الألمانية والسويسرى فقد أصبح الأمر فيها أقل دواعية للجدل والنقاش حول هذا الأساس القانوني بعد أن أقيم المبدأ على نص تشريعى عام .

وفى الحق أن لتحديد الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير فى تشريع ما أهميته الكبرى من الناحيتين النظرية والعملية إذ يمكن على هدى هذا الأساس القانوني معرفة قصد المشرع من النصوص التى يوردها فى علاج مشكلة هذه المسؤولية . وتزداد خطورة دراسة الأساس القانوني فى التشريعات التى لم يرد فيها نص يضع المبدأ العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير فتكون

على أعظم جانب من خطر الشأن فيما يتعلق بإمكان الوصول إلى تحديد غرض المشرع من النصوص المتفرقة التي يأتي بها كتطبيقات لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وهل إنه قصد من وراء هذه النصوص إلى إقرار المبدأ العام أو إلى قصر هذه النصوص على الحالات التي جاءت فيها وأشارت إليها فحسب . كما أن لتحديد الأساس القانوني خطورته الكبرى في دراسة نفس النصوص ، وفي حدود تطبيقها ، وشروط هذا التطبيق ، ولهذا السبب تعتبر دراسة مشكلة الأساس القانوني أهم مسألة في دراسة مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وسنطيل شرحها والتعمق فيها علنا نستطيع أن نجلى ما يمكن إجلاله في هذه المشكلة الدقيقة .

وسنتكلم تحقيقاً لذلك عن الأساس القانوني في مجموعتين من مجاميع التشريعات : أولاً في الأساس القانوني في التشريعات التي لم يرد فيها نص عام يقرر المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ثم نعقب ذلك بدراسة الأساس القانوني في التشريعات التي ورد فيها نص عام في مبدأ المسؤولية عن فعل الغير .

الفصل الأول

الأساس القانوني في التشريعات التي لم يرد فيها نص عام

لقد قيل في أساس المبدأ في المسؤولية العقدية عن فعل الغير عدة آراء ونظريات ، ونستطيع أن نصنف هذه الآراء والنظريات إلى مجموعتين ، المجموعة الأولى التي تتفق في أنها ترجع الأساس القانوني لهذا المبدأ إلى الخطأ الشخصي للمدين . والمجموعة الثانية التي تطرح الخطأ الشخصي كأساس للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وسنعالج في الفرعين التاليين نظريات كل من هاتين المجموعتين :

الفرع الأول

في مجموعة النظريات التي ترجع الأساس القانوني للخطأ الشخصي

وتتضمن هذه المجموعة عدة نظريات تخلص في النهاية جميعاً إلى رد الأساس الذي تقوم عليه مسؤوليه المتعاقد عن فعل الغير إلى الخطأ . منها نظرية قرينة الخطأ ضد المدين بسوء الاختيار أو الرقابة ، ومنها نظرية الالتزام بنتيجة ، ومنها نظرية القوة القاهرة ، ونظرية النيابة . وسنعالج كل هذه النظريات تباعاً مع تقدير كل منها بما تستحق .

المبحث الأول

نظرية قرينة الخطأ ضد المدين بسوء الاختيار والرقابة

يؤكد بعض الفقهاء ومنهم « جيورجي » ، الفقيه الإيطالي و « ودي باج » ، الفقيه البلجيكي أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تبني على أساس خطأ المدين الشخصي . ويقول « جيورجي » ، أن المدين يسأل في مواجهة الدائن بسبب أنه قد اختار بديله . وإذا اختار واستبدل عن نفسه شخصاً ارتكب خطأً

فهو إذن قد أساء الاختيار وبسبب سوء هذا الاختيار يكون قد ارتكب الخطأ الذى يجب أن يسأل على أساسه فى مواجهة الدائن^(١).

أما دى باج ، فيقول « نحن نرى عند دراستنا لمسئولية السيد عن أعمال تابعة فى المسئولية التقصيرية أنه قد حصلت مناقشات واختلافات كثيرة حول نطاق قرينة الخطأ القانونية ، على أن مثل هذه المجادلات لا يمكن أن تستقيم فيما يتعلق بالمسئولية العقدية ، وذلك لأن المدين قد يخضع بحريته إلى التزام محدد . وإذا كان قد عهد إلى غيره بتنفيذ هذا الالتزام أو ساعده فيه ، إذا كان ذلك مسموحاً له ، فإن هذا لا يعتبر سبباً أجنبياً لا يد له فيه . ذلك لأنه كان ظاهراً أنه يستطيع أن ينفذ الالتزام بنفسه شخصياً أو على الأقل كان يجب عليه أن يراقب جيداً من عهد إليه بتنفيذ الالتزام أو من ساعده فى تنفيذه لكي يتجنب المسئولية »^(٢)

ويذهب اسمان إلى ما يأتى « نحن الذين نعتبر أن كلا الوضعين من أوضاع المسئولية : المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية — يخضع لنفس المبادئ . نرى أنه يمكن أن تطبق المادة (١٣٨٤) بطريق القياس ، وفى كل الأحوال ، على المسئولية العقدية . وأنه من المؤكد فيما يتعلق بالمسئولية العقدية عن فعل أو خطأ المساعد أو البديل أن تكون هذه المسئولية مبنية على أساس قرينة خطأ فى الرقابة أو الاختيار »^(٣)

نقد هذه النظرية :

إن هذه النظرية هى نظرية قديمة — كما يلاحظ سأورك — وهو يقول أنها من جملة النظريات التى قيل بها لبيان أساس المسئولية التقصيرية عن فعل الغير التى أقيمت فى المادة ١٣٨٤/١٧٤ ويستطرد إلى القول بأن نظرية قرينة الخطأ هذه قد هجرت منذ زمن طويل وأنه ما من أحد يستطيع أن يفهم كيف يمكن

(١) جيورجى : الالتزام مشار إليه فى ديموج جزء ٦ ص ٦٢٨ وفى ستيفانى ص ٩٨

(٢) دى باج : المطول فى نظرية الالتزام فى القانون الباجيكي جزء ٢ ص ٥١٢

(٣) بلانبول ورير واسمان : جزء ٦ ص ٥٢٨ بند ٣٨١

أن تكون أساساً للمسئولية العقدية عن فعل الغير بعد أن ثبت عجزها عن أن تكون أساساً سلبياً للمسئولية المقابلة ولذا يجب طرحها في الوضع العقدي من باب أولى حيث يعوزها فيه نص القانون خلافاً لما هو حاصل في الوضع التقصيري . ويظهر أن زواية نظر فقهاء هذه النظرية إلى المسؤولية العقدية عن فعل الغير زاوية خاطئة ، فلقد أشرنا أكثر من مرة إلى أن مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقع خارج نطاق الخطأ العقدي الشخصي^(١) .

ثم أن هذه النظرية تعارض حقائق الأشياء ، لأنها تستتبع بحسب منطقها جواز تخلص المدين من المسؤولية في كل الأحوال التي يستطيع فيها أن ينفي حصول أى خطأ من جانبه في اختيار بديله أو معاونه في تنفيذ الالتزام . غير أنه لا يوجد أى نص من النصوص القانونية التي نص فيها على مسؤولية المتعاقد عن فعل غيره يسمح بنفي هذه المسؤولية عن عاتق المدين إذا ما ثبت انتفاء الخطأ الشخصي في الاختيار أو في الرقابة . فالمدين يسأل دائماً سواء أكان قد ارتكب الخطأ أو لم يرتكبه ، وسواء كان قد أساء الاختيار أو الرقابة أو لم يسيء ذلك إطلاقاً^(٢) .

على أنه إذا اعترض على هذا الرد بأن قرينة الخطأ في الاختيار أو الرقابة قرينة غير قابلة لإثبات العكس ، فإن هذا لا يكون ممكناً إلا بنص قانون صريح . غير أننا نرى أنه حتى لو جاء نص من نصوص القانون مؤيداً قيام هذه القرينة ، فإن هذا لا يكون — في رأينا — إلا تلاعباً بالألفاظ . إذ ماذا تعنى القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس غير التزام قانوني بالضمان . . . ضمان الملزم لفعل الغير في هذه الحالة موضوع البحث .

ويظهر أن « اسمان » نفسه قد وجد مقصوراً فيما قاله ، فإنه في نفس الفقرة التي ذكر منها الأساس السابق عاد فتراجع قائلاً : « يضاف إلى جانب ذلك الأساس القانوني — القائم على قرينة الخطأ — أساس آخر وهو أنه بمقتضى

(١) ساروك : ص ٤٤

(٢) ستيفاني . ص ٩٩

ما هو جار في العمل لا يمكن لأرباب الأعمال أن يراقبوا أفعالهم ومستخدميهـم مراقبة حازمة في كل لحظة . كما أنهم لا يمكنهم أن يستخدموا على الدوام أناساً أكفاء بصورة مطلقة ، ولكن بما أنهم يستفيدون من نشاط هؤلاء الذين يستخدمونهم ، فإنه يجب عليهم تبعاً لذلك أن يتحملوا « تبعه » ما ينتج عن أفعالهم (١) .

ويسهل على المتتبع أن يلاحظ كيف أنه يبدو من الأمور المتناقضة أن يجمع بين هذين الأساسين المتعارضين لبيان سبب قيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وهذا ما يبرهن على تهافت هذه النظرية وعدم صلاحيتها . ولذا يجب القول بطرحها ، ومحاولة البحث عن أساس سليم يقوم عليه مبدأ هذه المسؤولية (٢) .

المبحث الثاني

نظرية الالتزام بنتيجة

إن هذه النظرية التي أيدها جملة من أعلام الفقهاء تظهر للوهلة الأولى كأنها ترضى الحقيقة العمية من حيث صلاحيتها كأساس للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، إذ تذهب هذه النظرية إلى القول بأن المدين لا يتعهد للدائن بأن يبذل جهده للوصول إلى تحقيق النتيجة المقصودة من التزامه ، بل إنه يتعهد بالوصول إلى النتيجة نفسها .

فالتعاقد الذي يتعاقد على تسليم شيء معين يجب عليه أن يسلمه في المدة المتفق عليها . ومن يتعهد بنقل شيء من محل إلى آخر ، عليه أن ينقل هذا الشيء من المحل المتفق عليه إلى الجهة التي طلب منه أن ينقل إليها ذلك الشيء سليماً من كل تلف وعيب . وإذا لم يستطع المدين أن يقوم بتحقيق هذه النتيجة فيعتبر مسؤولاً رغماً عن أنه قد بذل ما في وسعه للوصول إلى تحقيقها . إن قصور

(١) بلانيول وبيرر واسمان : المرجع السابق نفس الصفحة .

(٢) راجع في نقد هذه النظرية أيضاً : جان ميكريه Jean Megret رسالة باريس ص ١٨١

الوسائل التي تحت يد المدين للحصول على النتيجة المقصودة ليس مما يهم الدائن الذي اتفق على تحصيل ما أراد ، إن الوسائل مما لا تعنى الدائن في شيء ، إنما المهم في نظره هو الحصول على ما التزم به المدين ، فإذا عهد المدين إلى مستخدميه وإلى من هم تحت سلطته بتنفيذ الالتزام وتحقيق الغرض منه ، فإن هذا الأمر أمر أجنبي عن الدائن . وإذا ما امتنع على المدين أن ينفذ الالتزام بفعل هؤلاء الأشخاص فإن الدائن يستطيع أن يقاضى المدين طالباً منه التعويض .

وفي هذا يقول « سافاتيه » في الحق أنه إذا سئل المدين عن خطأ تابعه في تنفيذ الالتزام ، فلأن المدين قد تعهد بالتنفيذ أما بنفسه شخصياً أو بواسطة هؤلاء الذين يساعدونه أو يقومون مقامه في التنفيذ ، وخطأ هؤلاء في التنفيذ هو إذن خطأ المدين نفسه ويعتبر هذا إخلالاً بالالتزام ويسأل عنه هذا الأخير وذلك لعدم تحقق نتيجة ما أراده الدائن منه بعدم التنفيذ^(١) .

ويقول « Me-ret » فيما يخص مسؤولية المالك عن أفعال البوابين « أن مسؤولية المتعاقد عن فعل غيره ليست في الحقيقة سوى مسؤولية المتعاقد عن فعله الشخصي وذلك ينتج من نفس تعريف الخطأ التعاقدى . فالمالك يقع في الخطأ بمجرد عدم تنفيذ الالتزام . أن البواب لم يلتزم إطلاقاً قبل المستأجرين فهو لا يسأل في مواجهتهم ، وإنما المسؤول هو المالك نفسه الذي تعاقد بالالتزام لم يستطع تنفيذه ، فالفعل المكون للمسؤولية هو الإخلال بالالتزام التعاقدى ، هذا الإخلال الذي لا يمكن أن ينسب إلا إلى المالك نفسه . فالأساس الحقيقي للمسؤولية العقدية إذن هو الخطأ العقدى ، والذي ينتج من عدم تنفيذ الالتزام حتى ولو كان المدين الملتزم قد أقام غيره مقام نفسه لتنفيذ التزامه وعجز هذا الأخير عن تنفيذه^(٢) .

ويذهب الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى أن رجوع المدين إلى أشخاص غيره لتنفيذ الالتزام الذي تعهد به ، إذا كان طبقاً لطبيعة العقد أو طبقاً لنية المتعاقدين مما يلزم هو نفسه بأدائه فإن ذلك يكون خطأ شخصياً

(١) سافاتيه : دروس في الالتزامات سنة ١٩٣٩ جزء ٢ ص ١٧٢

(٢) « Magret » المرجع السابق ص ١٨١ وما بعدها .

يسأل عنه ، ولكن الأمر لا يقتصر على ذلك ، فإنه في خارج هذه الأحوال قد يحدث أن يعهد المدين إلى غيره بمساعدته في تنفيذ الالتزام أو على أن يقوم مقامه في هذا التنفيذ . هنا يسأل عن أوجه نشاط من يقومون مقامه أو من يساعدونه كما لو كان هو نفسه الذى قام بالتنفيذ وهو يسأل عن هؤلاء كما يسأل عن الأشياء المادية والآلات الميكانيكية التى يستعملها . فهو فى الحقيقة قد وعد الدائن بتحقيق نتيجة معينة بدون أن يعنى بالوسائل التى سيلجأ إليها . وهو بهذا الوضع قد تعهد بأن يلجأ إلى الوسائل المناسبة وأن يسأل عن عدم كفاءة هذه الوسائل . وإن عجز الأشخاص الذين عهد إليهم بالتنفيذ لا يبرر عدم استطاعته الوصول إلى النتيجة المطلوبة^(١) .

ولكن يمكن أن ترد على هذه النظرية اعتراضات كثيرة فأول الاعتراضات على هذه النظرية أنها تغفل ما يدعى بالالتزامات بوسيلة وتخرجها من نطاق تطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . إذ أنه حتى فى أحوال الالتزامات بوسيلة يمكن أن تشور مشكلة هذه المسؤولية . ففيما يتعلق بالتزام الطبيب بمعالجة مريض من المسلم به قطعاً لدى الشراح أن هذا الالتزام عبارة عن التزام بوسيلة . فإذا ما رجع الطبيب إلى زميل له ليقوم مقامه فى العلاج أو ليساعده فيه وأدى خطأ الطبيب الثانى إلى الإضرار بالمريض ألا يمكن أن تقوم هنا مسؤولية الطبيب الأصيل ؟ وما حكم الحالة التى يرجع فيها الإخلال بالالتزام بواجب العناية نحو المريض إلى فعل مساعد الطبيب من ممرض وغيره . ألا تشور هنا مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ؟

فمن الحق إذن أن هذه المشكلة لتشور فى جميع الحالات سواء كان الالتزام موضوع المسؤولية التزاماً بوسيلة أو التزاماً بنتيجة . وإذا قيل رداً على هذا بأن المدين إنما يلتزم دائماً بأن يحقق النتيجة المطلوبة فى كل التزام ، فإن هذا لا يستقيم من نصوص القانون^(٢) .

(١) بلانيول وريبر وجابولد ج ٢ ص ١٥٢ نبذة ٨٤٥

(٢) راجع المواد التى تشير إلى التفرقة بين أنواع الالتزام . المادة ٢١١ من القانون المصرى الجديد مثلاً والمادة ١٢٤٥ من القانون الفرنسى .

ويرد « بيكيه » على هذه النظرية من حيث مضمونها كذلك فيقول إن المدين لا يتعهد بالوصول إلى نتيجة في كل التزام عقدي وإنما يتعهد ببذل العناية اللازمة والتبصر الكافي فقط للوصول إلى الغاية المرجوة من التعهد قبل أن يصل الأمر إلى نطاق القوة القاهرة فيعفى من التزامه^(١).

وبالإضافة إلى هذا فقد سبق أن أشرنا عند بياننا وجه التفرقة بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير وبين المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي ، إلى أن الأولى تتميز بأن المدين يسأل عن فعل الغير دون أن يسند إليه أيما فعل يمكن أن ينسب إليه به ارتكاب الخطأ التعاقدى ، فى حين أن المسؤولية عن الفعل الشخصى تقوم كما هو ظاهر من سياق هذا الاصطلاح ، على أساس نفس فعل المدين الخطأ . فإذا ما جاءت إحدى النظريات لتحديد القانونى للمسؤولية العقدية عن فعل الغير على أساس خطأ المدين نفسه ، فهذا ما يؤدى إلى إدماج هذين الوضعين المتميزين من أوضاع المسؤولية .

ولهذا فإن نظرية الالتزام بنتيجة تجعل من إثارة مسألة المسؤولية العقدية عن فعل الغير جعجة فارغة . إذ ما هى الأهمية المتبقاة لبحث مشكلة هذه المسؤولية طالما أنها والمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى سواء . وماذا يبقى يبقى من يميز يفصل بين هاتين المسؤوليتين ؟ وما هو إذن وجه الضرورة فى بحث مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير مادام الفارق الوحيد الذى يميز بينها وبين المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى وهو تجرد المدين نفسه من الخطأ ومسؤوليته على الرغم من ذلك عن خطأ الغير ، قد انهدم على حسب ما تؤدى إليه هذه النظرية ؟ وهذا ما أدى بالفعل ببعض الكتاب إلى القول بنفى هذه المسؤولية العقدية عن فعل الغير والذهاب إلى أنها عبارة عن مسؤولية عقدية عن الفعل الشخصى حتى ولو كان عدم تنفيذ الالتزام منسوباً إلى تابع المدين وليس إلى المدين نفسه^(٢) .

(١) راجع « بيكيه » ص ٢٧٨ المرجع المشار إليه ، وقارن بازولا ص ٣٤ ، ومارتون المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى سنة ١٩٣٦ ص ٤٩٩ وما بعدها وتانك Tunc المجلة الفصلية ١٩٤٥ ص ٢٣٥ وما بعدها . وبهجت بدوى أصول الالتزامات ص ٤٢١

(٢) فان رين - المرجع السلف الذكر ص ٣٢ و « Megret » المرجع السابق ص ١٨١

غير أنه يجب القول ببطلان هذا الرأي وبأنه لا يقوم على أساس سليم من الحجج لأن هناك فارقاً بين هذين الوضعين ، وقد سبق أن أوضحنا هذا الفارق في غير هذا المكان^(١) .

المبحث الثالث

نظرية بيكيه في القوة القاهرة

إن من أوائل من قال بهذه النظرية « نظرية القوة القاهرة » لتحديد الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير هو الأستاذ « بيكيه » . في مقاله الممتاز عن هذه المسؤولية في مجلة القانون المدني الفرنسية « الفصلية » ، عام ١٩١٤ وقد تابعه على تأييدها كثير من الفقهاء^(٢) .

وبدأ « بيكيه » نظريته بالاستناد إلى المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي التي بمقتضاها يسأل كل مدين عن عدم تنفيذ الالتزام ، وإذا ما أراد أن يتخلص من المسؤولية فإن عليه أن يثبت أن عدم التنفيذ قد حصل بسبب قوة القاهرة أو حادث فجائي . . . أى أن السبب الذى منع التنفيذ لم يكن له فيه يد . ويقول « بيكيه » : إن الإخلال بالالتزام وحصول عدم التنفيذ بفعل تابعي المدين لا يمكن أن يكون قوة القاهرة أو حادث فجائي يستطيع المدين أن يستند إليه ليتخلص من المسؤولية .

ولأجل أن يوضح « بيكيه » فكرته ، فقد قام بعقد مقارنة بين النظامين السويسرى والألماني من جهة وبين القانون الفرنسى من جهة أخرى ، فيما يخص وضع القوة القاهرة فيهما فيقول : إنه من الضروري لفهم المبدأ الذى أقيم في المادة (٢٧٨) من القانون الألماني ، والمادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى ، ولبناء نظرية فقهية صحيحة أن نبحث نظرية القوة القاهرة والحادث الفجائي في ذينك القانونين .

(١) راجع أعلاه ص ٣٣ وما بعدها من الرسالة

(٢) من الأوائل أيضاً الأستاذ اكستر "Exnar" الأستاذ بجامعة فينا في كتابه المطول في مبدأ القوة القاهرة مذكور في سأروك المرجع السالف الذكر ص ٧٢ الذى هو بدوره من مؤيدي النظرية وسبقاني ص ١٠١ والدكتور سليمان صرغص المرجع السالف ص ٤١١ وغيرهم كثيرون .

يقول بكيه : كانت الفكرة الرومانية التي أخذ بها عندنا في فرنسا بعض شراح القانون المدني ، فيما يتعلق بالحادث الفجائي ، هي أن هذا الحادث عبارة عن أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقع حصوله ، والذي لا يمكن دفعه بكل ما يسع الطاقة الإنسانية أن تفعل *quad nullo humano concilio prévideri* "postest et cui resisti postest". هما إذن : عدم القدرة على توقع الحادث *l' impossibilité de prévoir* وعدم على دفعه عند وقوعه *l' impossibilité de l' éviter*

في هذا المفهوم الموضوعي والمادي «la conception objective et matérielle» يجب مواجهة الحادث نفسه بدون إقامة أية علاقة بين الحادث وشخص المدين الذي لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية العقدية الملقاة على عاتقه إلا إذا كان الفعل المكون للحادث الذي أدى إلى استحالة التنفيذ حاملاً للصفتين وللصفتين معاً .

غير أن الفكرة التي انتشرت في القانونين الألماني والسويسري كانت مغايرة للفكرة الرومانية التي أخذ بها قانوننا فاستبدل كلا القانونين المفهوم الشخصي الذاتي «la conception subjective» بالمفهوم الموضوعي المادي . ولذلك لا توجد في هذين القانونين ، في الحقيقة ، مشكلة الحادث الفجائي بل تقوم فيهما مسألة عدم القدرة على التنفيذ ، أي استحالة التنفيذ بغير وجه خطأ من المدين .

فالمدين يستطيع أن يتخلص من المسؤولية — في هذين القانونين — إذا ما حصل الحادث الذي يجعل تنفيذ الالتزام ، بحسب شروط العقد ، غير ممكن ، بشرط أن يكون هذا الحادث قد حصل بدون خطئه (م ٢٧٥ من القانون الألماني وم ٩٧ من قانون الالتزامات السويسري) .

ولا يهم بعد ذلك سواء كان الفعل المكون للحادث الفجائي منسوباً إلى المدين نفسه أو لا . المهم هو أنه إذا وقع الحادث بدون خطأ منه فلا يسأل إذا ما أدى هذا الحادث إلى استحالة التنفيذ .

وينتج عن ذلك أنه في جميع الأحوال التي لا يرتكب فيها المدين نفسه خطأ شخصياً ، ويكون عدم التنفيذ واستحالته راجعاً إلى فعل شخص آخر سواء ، يجب أن نقول ببراءة الأول أى المدين على اعتبار أن فعل الغير يحمل صفات الحادث الفجائى الذى لا يدل له فيه طبقاً لنص المادتين ٢٧٥ ، ٩٧ .

وعلى هذا يظهر أن المادتين ٢٧٨ و ١٠١ من القانونين الألمانى والسويسرى هما استثناءان من هذه القاعدة العامة المذكورة أعلاه المشار إليهما فى المادتين ٢٧٥ و ٩٧ ، إذ على العكس من هاتين المادتين الأخيرتين ، تنص المادتان ٢٧٨ و ١٠١ على مسئولية المدين عن أفعال غيره . وتبقى المسألة فى تعليل سبب هذا الاستثناء وأساسه ، والدافع الذى دفع المشرع كل من ألمانيا وسويسرا إلى النص عليه . وبعد أن انتقد « بيكيه » التعليقات المختلفة التى علل بها هذا الاستثناء الوارد فى المادتين ٢٧٨ و ١٠١ من القانونين الألمانى والسويسرى والأسس الثلاثة التى تعرضت لذكرها الأسباب الموجبة للقانون الألمانى ، وهى نظرية الضمان الضمنى ونظرية تحمل التبعه ونظرية الالتزام بنتيجة . قال : إن القانون وليس الإرادة هو مصدر المسئولية العقدية عن فعل الغير التى أشار إليها نص المادتين ٢٧٨ و ١٠١ ، وهو الذى يفرضها على المدين لأسباب واعتبارات المصلحة العامة وطبقاً لمقتضيات العدالة .

ولكى يصل « بيكيه » إلى غرضه من بيان الأساس القانونى لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الفرنسى استطرده يقول : لقد رأينا أن محاولات عديدة قد فشلت فى ألمانيا لتوضيح الأساس القانونى لمسئولية المدين عن أفعال تابعيه . وقد لاحظنا أن الفقه الألمانى قد اقتصر فى الأخص على الاعتبارات الاقتصادية لتوضيح أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير ، ولتبرير الاستثناء الخطير الذى جاءت به المادة ٢٧٨ والوارد على نص المادة ٢٧٥ .

غير أن كل هذه الصعوبات لتتلاشى فى القانون الفرنسى . لأنه على خلاف كل من القانونين الألمانى والسويسرى ، لم تدعو الحاجة فى هذا القانون إلى البحث فى قيام قاعدة عامة وورود الاستثناء عليها . وإنما إذا بحثنا مبدأ القوة القاهرة والحادث الفجائى كما هو وارد فى المادة « ١١٤٧ » ، لوجدنا أن تطبيق

مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون الفرنسى يأتى كنتيجة طبيعية ومباشرة لهذا المبدأ .

إن مبدأ القوة القاهرة والحادث الفجائى الذى جاء فى قانوننا بحسب المفهوم الموضوعى المادى الذى عرضناه فيما سبق ليختلف عن مبدأ استحالة التنفيذ بغير خطأ من المدين الذى ذهب إليه كلا من القانونين الألمانى والسويسرى . فى هذين القانونين ليس عماد القوة القاهرة أو الحادث الجبرى غير ركن واحد هو انتفاء خطأ المدين فى إحداث الفعل الذى سبب عدم تنفيذ الالتزام . على أن هذا المفهوم الذاتى والشخصى لا يكفي لإحداث صفة الحادث الفجائى وإسباغها على الفعل المكون لاستحالة التنفيذ بحسب ما يعنيه هذا الاصطلاح فى قانوننا المدينى . ليس الحادث الفجائى فى القانون الفرنسى هو الحادث الذى يتحقق فى كل الأحوال التى يلتقى فيها خطأ المدين . ولكنه الحادث الذى يحدث دون خطئه على أن يكون خارجاً عنه ، أى غير منسوب إلى فعله . ولهذا يلزم فى القانون الفرنسى عنصران لتكوين الحادث الفجائى ، العنصر الأول هو إنتفاء الخطأ *absence de faute* والعنصر الثانى هو عدم نسبة الحادث إلى فعل المدين نفسه ، وهو ما يسمى بالـ *"l'extériorité"* أى انقطاع النسبة بين الحادث وبين المدين .

ولزوم العنصر الثانى ، وهو ركن أساسى فى تكوين الحادث الفجائى والقوة القاهرة ، ينتج عندنا من النصوص القانونية التى تجعل المدين مسئولاً ليس فقط عن خطئه الشخصى ، بل حتى عن فعله غير الخطأ (المواد ١٢٤٥ ، ١٠٤٢ ، و ١٩٣٣ من القانون الفرنسى) . وتنتج ضرورة اشتراط هذا العنصر أو هذا الركن أيضاً من نفس نص المادة ١١٤٧ بصورة أكثر دقة ووضوحاً وصرامة . فإنه بمقتضى هذه المادة لا يستطيع المدين أن يتخلص من عبء المسؤولية ، فى كل الأحوال التى لا يستطيع فيها أن يثبت أن عدم التنفيذ قد جاء نتيجة لسبب أجنبى لا يد له فيه . سبب أجنبى لا يد له فيه ، هنا يظهر بوضوح ضرورة اشتراط ألا يكون الفعل منسوباً إلى فعل المدين لكى يتحقق فيه شرط السبب الأجنبى وهذا هو عنصر الـ *"extériorité"* .

ويستطرد بيكيه قائلاً :

إن استخدام التابع عبارة عن عمل من صميم أعمال المدين . فيجب عليه إذن أن يتحمل جميع النتائج المحتملة التي تترتب على فعله هذا . فهو قد عهد إلى الغير بتنفيذ التعهد الذي التزم به وألقى على عاتقه هو . وإذا ما حصل أن بقي الالتزام بفعل أحد الذين عهد إليهم أمر التنفيذ غير منفذ فلا يوجد هنا إذن أى حادث فجائي بالنسبة له على المعنى الفني الدقيق لهذا الاصطلاح في قانوننا المدني . لأن عدم التنفيذ لم يرجع إلى سبب أجنبي وإنما حصل بفعل المدين نفسه . بدون استدعاء الغير لكي ينفذ بدلا عنه لم يكن ليحصل عدم التنفيذ واستحالته . فهذا الرجوع إلى الغير هو الذي سبب عدم التنفيذ وهذا فعل شخصي قام به المدين فلا يمكن اعتباره مقطوع الصلة به ، ولا يمكن اعتباره وكأنه لم يكن للمدين فيه يد ، بل على العكس يكون هذا الفعل منسوباً إلى المدين فلا يكون على هذا الحادث الفجائي ، بتخلف العنصر الثاني من عناصر الحادث الفجائي فيه وهو نسبته إلى المدين . فإن فعل التابع وهو يعمل للمدين عبارة عن سطوع ونمو واستطالة لفعل المدين نفسه^(١) .

نقد هذه النظرية :

لقد قلنا إن كثيراً من الشراح قد أيدوا هذه النظرية وتابعوا بيكيه في الأخذ بها ، ولكن هذه النظرية لا تستقيم على النقد وذلك من الجهات الآتية :

١ — يقول رينو . إنه يمكن أن يفهم « فعل المدين » على وجهين : وجه مضيق ووجه واسع ، فعلى الوجه الأول « يعنى فعل المدين » أى عمل يصدر عنه شخصياً . وعلى الوجه الثاني يعنى ليس فقط الأعمال التي تصدر عنه فحسب ، بل تشمل أيضاً أفعال تابعيه الذين يعهد إليهم بتنفيذ الالتزام . وفى التفسير الأول يكون فعل التابع سبباً أجنبياً وفى التفسير الثاني يكون فعل التابع منسوباً إلى المدين .

على أن مشكلة النسبة هذه تؤدي إلى البحث في هل أنه من المناسب أم لا أن يوحد وأن يدمج بين فعل التابع وفعل المدين .

إن جميع الحجج التي أوردها « بيكيه » تؤكد لهذا الغرض — كما يقول رينو — بعيدة عن أن تكون قاطعة .

إن القول بأن استخدام التابع هو فعل شخصي للمدين وهو فعل صادر عنه أساساً ، ما قيمته . ما اعتباره ؟

نحن في الحقيقة أمام فعلين : فعل شخصي للمدين الذي يتكون من ركونه إلى التابع واستخدامه في التنفيذ ، وفعل التابع الذي أدى مباشرة إلى عدم التنفيذ . وأنه إذا كان من الحق أنه لولا رجوع المدين إلى مساعدة التابع لما حصل الإخلال بالالتزام بسبب عدم تنفيذه أو على الأقل لم يكن ليحدث بنفس الصورة التي حصل بها من جراء تدخل التابع ، على أنه ليس بأقل من ذلك صحة ، أن كلا من الفعلين مستقل كل منهما عن الآخر . كل منهما فعل مستقل من حيث (طبيعته) ومن حيث (الوقت) الذي صدر فيه ومن حيث (الأشخاص) الذين قاموا بأدائه .

ويقول « بيكيه » مستعيراً تعبير فرارا "Ferrara" إن التابع يعمل للمدين وفعل التابع عبارة عن « نمو واستطالة وسطوع لفعل المدين نفسه » .

على أننا نلاحظ أولاً أنه إذا كان التابع يعتبر في بعض المعاني ، غير أجنبي عن المدين ، فإن ذلك لا ينفي أن فعله لا يحمل تجاه المدين الصفة الخارجية المسكونة للحادث الفجائي . يقول المدين للتابع نفذ . والذي يحدث أن يقول له أنجز هذا العمل أو ذاك ، فيقوم التابع بالعمل وقد يكون مخالفاً بذلك لتعليمات المدين . فيتبين هنا أن عمل التابع هو في تعارض صريح مع عمل المدين نفسه وإرادته .

ويستطرد رينو فيقول : على أننا نلاحظ أولاً أنه إذا كان التابع ليس أجنبياً في علاقته بالمدين فإذا يمكن أن يفهم من هذا القول ؟

إذا كان يراد بذلك الإشارة إلى مبدأ النيابة فإن أمراً كهذا لا يصح إلا في دائرة الأعمال القانونية حيث يلعب المبدأ دوره فحسب ، ولا يمكن أن يكون لمبدأ

النيابة مجال في دائرة الأعمال المادية . فالتابع ليس وكيلا عن المدين ولا يحل محله قانوناً في عمل قانوني ، وإنما يحل محله في عمل مادي فحسب . أن التابع ليس إلا مجرد مساعد ومعاون يشتغل لحساب الغير فهو لا يوسع نشاط المدين القانوني ولكنه يوسع نشاطه الاقتصادي .

ثم من الذي يضمن القول أيضاً بأن التابع ليس أجنبياً عن المدين ؟ هل هو عبارة عن قطعة من نفس المدين ؟ من البديهي أن ليس لهذا القول أية قيمة عقلية ولا قانونية .

فلا انفصال المتطلب كركن لتكوين الحادث الفجائي أو القوة القاهرة والذي يبنى عليه إعفاء المدين من المسؤولية يفترض حسب « بيكيه » فعلاً طبيعياً أو إنسانياً موجود . وقد يسبب في أية صورة من الصور قطع العلاقة بين المدين وبين الحادث الواقع . وعليه فالتابع في موضوعنا إذن باعتباره إنساناً يعتبر فعله فعلاً طبيعياً كأي فعل طبيعي آخر يمكن أن يكوّن الحادث الفجائي . وإذا تساءلنا : هل إن فعل التابع يؤدي إلى قطع النسبة بين المدين وعدم التنفيذ ، لكان جوابنا بالإيجاب . لأن هذا الفعل يصدر عن نشاط مستقل عن نشاط المدين ، وآية ذلك جواز قيام مسؤولية التابع شخصياً والرجوع عليه من قبل المدين نفسه .

وإذا اعترض بيكيه على هذا بأن شروط المشروعات الاقتصادية وأسسها تنفي هذا القول ، لرددنا عليه الاعتراض بقولنا : إن التابع ليس آلة بيد المدين يديرها كيف يشاء ، فإن للتابع عقله وتفكيره الخاص وإرادته المستقلة عن إرادة المدين (١) .

٢- ويعترض « ديموج » على نظرية « بيكيه » بقوله : إنه إذا اعتبرنا ما ذهب إليه « بيكيه » صحيحاً وقلنا بالعنصر الخارجي للقوة القاهرة ، فإن مسؤولية

(١) رينو — رسالة باريس الآتفة الذكر ص ٥٠ وما بعدها . وبديهي أنه ليس من أغراض رينو أن ينفى قيام مسؤولية المدين عن أفعال تابعيه . فهو يقول بقيامها ويعترف أنه على الرغم من أن شخصية التابع لا يمكن اعتبارها امتداداً لشخصية المدين ولا اعتبار فعل التابع كاستطالة لفعله ، فإن المدين مسئول عن أفعال تابعيه . ولكن « رينو » يؤسس هذه المسؤولية على أساس آخر ستعرض لتفصيله بعد حين قريب .

المدين عن أفعال تابعيه تستقيم من نفسها ، فترجع في هذه الحالة إلى نفس النظرية التي أرجعت الأساس القانوني إلى مسؤولية المدين عن تحقيق نتيجة^(١) .

وفي الحق أن بيكيه عندما رجع إلى المادة (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي لدعم نظريته في الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، قد افترض أن المدين يجب عليه أن يقدم نتيجة معينة محددة للدائن . وقد حصل أن وقع « بيكيه » في المصادرة على المطلوب "pétition de principe" التي عابها هو نفسه على أصحاب نظرية الالتزام بنتيجة^(٢) . فتمتفسير بيكيه إذن ، حتى إذا ما اعترفنا بصحته وسلامته ليس له سوى قيمة ثانوية ، وذلك في الأحوال التي يلتزم بها المدين التزاما بنتيجة ، ولا يصلح في الأحوال التي يتعهد فيها المدين بالانزام الحيطه والحذر والعمل بالغناية اللازمة للحصول على النتيجة المطلوبة . ثم أن « بيكيه » يخلط بين ركن الخطأ وركن السببية ، ذلك الركنين المنفصلين من أركان المسؤولية العقدية .

٣ — وأكثر من ذلك كله أن نظرية « بيكيه » — كما نرى — لا يمكن أن تقدم أساسا حقيقيا لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . فهي تضعنا في حلقة مفرغة . فنحن نتساءل لماذا يسأل المدين عن فعل تابعيه ومساعديه ، فنلقى الجواب عند « بيكيه » : ذلك لأن فعل هؤلاء لا يكون بالنسبة للمدين قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . حسناً ! ولماذا لا يكون فعل هؤلاء قوة قاهرة أو حادثاً جبرياً . يجب « بيكيه » لأن هؤلاء هم تابعيه ! وهكذا .

وفي الواقع أنه يجب التفرقة ، في رأينا ، بين الغرض القانوني وبين القواعد القانونية نفسها ، بين الغرض القانوني ، وبين الحالات التي شرع القانون فيها القواعد القانونية . فإذا قيل إن القانون يعتبر فعل الغير عبارة عن فعل منسوب إلى المدين ، ولا يكون بالنسبة إليه حادثاً فجائياً جبرياً قد يمنعه من تنفيذ التزامه ، فإنه يجب التساؤل ولأى غرض قانوني جاء حكم القانون على هذا الوجه ؟

(١) ديموج المرجع المشار إليه فيما سبق جز ٦ ص ٦٢٨

(٢) بيكيه ص ٢٧٨

وعلى أى شيء بنى وأسس القانون هذه القواعد القانونية . وهذا هو وجه السؤال فى المناقشة التى تثيرها مشكلة الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير . وهذا ما لم يجب عليه « بيكيه » وأنصاره الذين ذهبوا مذهبه فى نظرية القوة القاهرة . « بيكيه » نفسه الذى عرض لمشكلة الأساس القانونى بكل دقة فى القانون الألمانى والسويسرى وخرج بالأساس الذى هو عين الصواب .

٤ — ومن جهة أخرى فإن نظرية « بيكيه » نفسها تنتهى إلى إنكار مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . وقد يبدو ذلك غريباً أول الأمر ، على أنه يتضح عندما نقول إنه بمقتضى هذه النظرية تنتهى المسئولية العقدية عن فعل الغير إلى صورة من صور المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى وهذا غير صحيح كما قال بذلك جمهور الفقهاء الذين عالجوا مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير و« بيكيه » هو نفسه على رأسهم^(١) .

٥ — ومن جهة أخرى فإن نظرية بيكيه تبدو قاصرة . وذلك لأن المشرع عند كلامه عن السبب الأجنبى لم يتوقع مطلقاً ، ولم يستطع أبداً أن يتوقع ذلك التفسير الذى فسر به بيكيه نص المادة (١١٤٧) . وفى الواقع أن المشرع الفرنسى قد أهمل النص على مبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، ولم يتكلم عن أثر فعل التابع على مسئولية المدين .

٦ — ويبدو لنا أخيراً أن فى هذه النظرية عيباً آخر وهى تشترك فى هذا مع كثير من النظريات الأخرى التى حاولت تبيان الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير . ذلك أن الأساس الذى تقدمه هذه النظرية غير جامع كما يقول المناطقة إذ أنه لا يفسر على فرض صحته الأحوال التى يمارس فيها « الغير » حقاً اكتسبه المدين بالعقد الذى عقده مع الدائن موضوع المخالفة وموضوع المسئولية ، كحالة المستأجر مثلاً فى مسئولية قبل المؤجر عن أفعال أهل بيته وكل شخص وجد يارادته فى المحل المأجور ، فإنه من الواضح أن الأساس الذى قدمه بيكيه يقصر عن تعليل هذه المسئولية فى هذه الحالة .

(١) قارن بهجت بدوى رسالة باريس ص ٦١ وبيكيه ص ٢٥٦ وما بعدها .

إذ لا يمكن القول بأن المستأجر قد عهد إلى أحد من هؤلاء أمر تنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتقه بوجوب حفظ المأجور . وفى كثير من الأحوال تشمل المسؤولية هنا أشخاصاً لا يمكن اعتبارهم كتابعين مثل أصدقاءه وضيوفه .

المبحث الرابع

نظرية النيابة

بحسب مبدأ النيابة بدأ الأستاذان « هنرى وليون مازيو » ببيان الأساس القانونى الذى بنيت عليه المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(١) وبعد أن انتقدا « بيكيه » فى نظريته التى عرضناها فى البحث الفأئت قالوا : إن كل المسألة تنحصر فى معرفة هل أن أفعال الذين يعد إليهم المدين بتنفيذ الالتزام يمكن اعتبارها أسباباً أجنبية تعنى هذا الأخير من عبء المسؤولية .

ويقول الأستاذان : إن « بيكيه » يجب على هذا بالنفى ويشرح بهذه الكيفية مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، غير أنه لأجل أن يكون الجواب بالنفى كما أراد « بيكيه » يجب بالضرورة اعتبار الفعل الذى صدر عن « الغير » الذى عهد إليه بأمر تنفيذ الالتزام كأنه صادر عن المدين نفسه . وهذا الاندماج لا يمكن أن يستقيم أو يحصل إلا بحسب مبدأ النيابة ، فإذا لم يقم هذا الاتحاد — عن طريق النيابة — فإن فعل الغير يبقى فعلاً أجنبياً عن المدين . فذهب « بيكيه » إذن يفترض الأساس الذى نقول به نحن . ويستطردان فى القول :

« بأن الأساس الحقيقى للمسؤولية العقدية عن فعل الغير يقوم على الاتحاد بين شخصيتى المدين والغير الذى ينفذ لأجله . وأن عدم تنفيذ النائب للالتزام يعتبر خطأ تعاقدياً ، كما أن خطأ التابع التقصيرى يعتبر خطأ تقصيرياً للسيد .

(١) عمل على تأييد الأستاذين مازيو فى هذه النظرية عدد من الفقهاء منهم Edmod Bertrand

رسالة أكس ، ١٩٣٥ ص ١٤ وما بعدها . ودى فور رسالة باريس ١٩٣٧ ص ١٥٢ وبول دوران رسالة باريس ١٩٣١ نبذة ١٢٨ وشيرونى مشار إليه فى سأروك ص ٥٩ . وكابيتان : المجلة الفصلية

١٩٣٣ ص ٧٢٥ وما بعدها . «Huguency» تعليق فى سيرى ١٩١٥ - ١ - ١٣

وهكذا تبدو المسؤولية العقدية عن فعل الغير قائمة على نفس الأساس الذى تقوم عليه المسؤولية التقصيرية عن فعل التابع حسب نص المادة ١٣٨٤ .
إن مبدأ المسؤولية التقصيرية الوارد فى المادة المشار إليها إن هو إلا تطبيق للمبدأ العام الذى جاء فى نظرية النيابة : عندما يمثل شخص شخصاً آخر فإنه إنما يحل محله قانوناً .

نعم أنه ليوجد فى قانوننا مبدأ عام يصدر من مبدأ النيابة والذى بمقتضاه يعتبر عمل النائب هو من عمل الأصيل بالنظر إلى علاقتهما بالغير . والمشرع قد طبق هذا المبدأ العام فى أحوال استثنائية حسب نص المادة ١٣٨٤ فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية .

وفى المسؤولية العقدية طبق المشرع هذا المبدأ « مبدأ النيابة » أيضاً فى النصوص المتفرقة التى أوردتها لعلاج مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ومن الطبيعى أن المشرع ما كان يقصد قصر تطبيق هذه النصوص على الحالات الخاصة التى ذكرها كما هى الحالة بالنسبة للمادة ١٣٨٤ ، بل إن المشرع قد قصد على التحقيق إلى تقرير المبدأ العام . ففى جميع الأحوال التى يقوم فيها الغير بتنفيذ الالتزام نيابة عن المدين يكون هذا الأخير مسئولاً مسؤولية عقدية عن عدم تنفيذ الالتزام .

وعلى ذلك فالأساس واحد فيما يتعلق بكلا الوضعين من أوضاع المسؤولية : المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير . فكلهما يقوم على مبدأ النيابة (١) .

ويضيف الأستاذان « مازو » « Rouost » يذهب إلى « أن الأساس الذى يقوم على مبدأ النيابة لا يستقيم . لأن النيابة لا تطبق فى خارج نطاق الأعمال القانونية ، وإذا أمكن القول تماماً بأن الموكل يسأل عن أعمال وكيله بمقتضى أحكام النيابة ، فإن الأمر ليس كذلك فيما يخص مسؤولية شخص عن أفعال آخرين كان قد كفهم بإنجاز عمل من الأعمال المادية » . غير أن الأستاذين

(١) لا ينكر الأستاذان مازو على الرغم من هذا القول أوجه الخلاف القائم بين هذين الوضعين - المطول المرجع السالف الذكر ص ٩٨٠ طبعة ١٩٤٩ - الأخيرة .

مازو يعترضان على هذا « بأن هذا القول ليؤدى فى الواقع إلى تضيق جدى لمبدأ النيابة . فالنيابة تتجاوز نطاق الأعمال القانونية إلى الأعمال المادية أيضاً^(١) »

نقد هذه النظرية

١ — نقرر أولاً وقبل كل شىء أننا على خلاف ما ذهب إليه الأستاذان مازو والأستاذ شيرونى «chironi» وادمون برتراند «Bertrand» وكابيتان ، من أن النيابة يمكن أن تتجاوز نطاق الأعمال القانونية إلى نطاق الأعمال المادية ، نرى أن وضع النيابة يقتصر فى الحقيقة على الأعمال القانونية فحسب ، كما يذهب إلى ذلك الرأى الراجح فى الفقه والقضاء .

ونستطيع تماماً خلال التفرقة بين الأعمال القانونية والأعمال المادية أن نفرق بين الوكيل وبين الشخص الذى يرتبط بعقد الخدمة . وإذا كان الاثنان قد تكلفا القيام بعمل شىء لحساب الغير ، فإن الوكيل يستطيع أن يتصرف بحرية ، ضمن حدود الوكالة ، بإنجاز ما عهد إليه لإنجازه . بينما لا يستطيع الشخص المرتبط بعقد الخدمة أن يتصرف بنفسه ، فراجع ذلك إلى السيد . وإذا كان الذى يرتبط بعقد الخدمة يمكن اعتباره تابعاً للمدين ، فإن الوكيل لا يمكن اعتباره كذلك^(٢) .

وفى الحقيقة أن من الصعوبة بمكان اعتبار التابع أو المستخدم نائباً عن المدين فى تنفيذ الالتزام ، وإذا أمكن القول جدلاً بأن الذى يكلف بالتنفيذ منفرداً لا يقوم بعمل مادى ، وإنما يؤدى عملاً قانونياً ، فإنه من غير المقبول أن يرى فى الشخص الذى يساعد المدين فى تنفيذ الالتزام وتحت سمع وبصر ومراقبة هذا الأخير نائباً عنه فى تنفيذه . فإذا ما استدعى مقاول أو خياط أو نجار عمالاً لإنجاز عمل من الأعمال التى تعاقدها ، وكان هؤلاء العمال يشتغلون معه ، فإنه قد يعسر القول بأن هؤلاء إنما يقومون بإنجاز العمل نيابة عنه . وأن هذا الرأى ليؤدى فى النهاية إلى توسيع لمبدأ النيابة إلى نطاق غير نطاقه الطبيعى المعروف .

(١) مازو ج ١ ص ٩٨٠ ط الأخيرة . كابيتان المرجع السالف الذكر ص ٧٢٦

(٢) بارتان فى أوبرى ورو ط ٥ ج ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٥٤

ثم أنه هل يمكن اعتبار بعض العمال والمستخدمين الذين يعملون لحساب المشروعات الكبيرة نواباً لرب العمل ؟ أنهم في الحقيقة لا يتعاملون مع الدائنين ، وفي الغالب الأعم لا نجد الدائن متصلاً بهؤلاء في أثناء التنفيذ ، فهم في الحقيقة ليسوا إلا منقذين بسطاء أو من المعاوين للمدين في تنفيذ التزامه الذي أخذه على نفسه بالعقد الذي عقده هو بنفسه^(١) .

وفي الحق أن هناك فروقاً خطيرة في الشروط والآثار التي تترتب على كل من وضع النيابة ووضع المسؤولية عن فعل الغير .

٢ — إن الأستاذين « مازو ، وغيرهما من الكتاب قد تأثروا فيما يظهر بالقوانين الحديثة التي نصت على مسؤولية النائب القانوني وخصوصاً بالنص الوارد في المادة ٢٧٨ من القانون المدني الألماني .

إلا أن دراسة عميقة لهذه المادة ترينا وجه ومدى الخطأ الذي وقع فيه أنصار نظرية النيابة في بيان الأساس القانوني للمسؤولية المقدية عن فعل الغير .

إن مشكلة مسؤولية الأصل عن فعل النائب كانت محل خلاف شديد في الفقه والقضاء المحدثين .

ففي فرنسا نجد أن الفقه والقضاء كانا يميزان بحق بين حالتين : حالة النيابة القانونية وحالة النيابة الاتفاقية ، وقد كان الرأي السائد وجوب إقرار بطلان العقد في كلا الحالتين — وذلك عندما يكون هذا البطلان نتيجة لعيب في العقد الذي قام بعقده النائب عن غش منه أو خطأ قام بارتكابه^(٢) .

أما عن المسؤولية التي هي التعويض فقد كان الرأي الغالب أيضاً يذهب إلى أن الأصل في النيابة الاتفاقية يسأل عن نائبه ويضطر إلى دفع التعويض للطرف الآخر المتضرر . أما الأصل في النيابة القانونية الذي هو القاصر وأمثاله ، فقد قيل بإعفائه من المسؤولية على أساس أنه ليس من العدل أن يسأل عن شخص لم يختاره ولم يستطع أن يراقبه في تصرفاته . أضف إلى أن مبدأ حماية القاصر هو الذي يمنع كذلك من مساءلته في هذه الحالة .

(١) ساروك Soarec المرجع المشار إليه ص ٥٩ وما بعدها .

(٢) أوبري ورو : ج ٦ ص ٣٨٢ وراميسيانو Ramiceano ص ٣٠٣ وما بعدها وفلور

Flour المرجع المشار إليه ص ٤٩ وما بعدها .

وفي ألمانيا بعد أن جاء الفقيه الألماني «Ihring» بنظريته المشهورة في المسؤولية عن الخطأ في تكوين العقد "la culpa in contrahendo" حدث أن انقسم الرأي الفقه والقضاء فيها بين مؤيد ومعارض إلى أن استوت هذه النظرية في التشريع الألماني بنص صريح .

غير أنه يلاحظ بعد ذلك كله أن الجدل في مثل هذه الأحوال إنما كان يثور بصدد المسؤولية عن فعل النائب عند تكوين العقد .

وإذا كان الأستاذان « مازو » وغيرهما من المؤيدين لنظرية النيابة يقصدون هذا الوضع بالذات فالمهم أن هذا الوضع لا يخص المسؤولية العقدية عن فعل الغير على الإطلاق . إذ نحن نذهب مع جماعة وكثرة القائلين بعدم تكون المسؤولية العقدية قبل قيام عقد صحيح بين الأطراف وهذا ما سنبجته فيما يلي من الرسالة^(١) .

وقد أشرنا إلى أن الأستاذين « مازو » قد تأثرا بالنص الوارد في المادة (٢٧٨) . وعندى أن المسؤولية في هذه الحالة لا تتعلق بوضع النيابة إطلاقاً . إن المشرع الألماني بإيراده نص المادة (٢٧٨) وهو : يسأل المدين عن خطأ نائبه القانوني وعن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ تعهده كما لو كان ذلك خطأه الشخصي . يوحى من سياقه أن المسؤولية تتعلق بمشكلة التنفيذ . وأن المشرع الألماني قد أورد النص حلاً للخلاف الذي نشب حول قيام مسؤولية الأصيل عن أفعال نائبه القانوني . فما هو مدلول هذا النص ؟ .

أقيم وصى على قاصر أو قيم على معتوه . من الطبيعي أن هذا الوصى أو هذا القيم هو الذى يتصرف بكافة التصرفات . فإذا ما أخل الوصى مثلاً بالتصرف ولم ينفذ الالتزامات التى عقدها لحساب الأصيل . نعم لم ينفذ ونحن نلفت النظر إلى ذلك هل يقال أن من الضرورى قيام المسؤولية بأداء التعويض من قبل القاصر أم يجب أن يقال على العكس من ذلك بلزوم تحمل الوصى وحده عبء مسؤولية أداء التعويض ؟ .

لقد وجد المشرع الألماني أن ما يقتضيه واجب العدالة والموازنة الاقتصادية في العقد بين أطراف الالتزام أن يسأل الأصل القاصر في هذه الحالة عن أفعال نائبه في التنفيذ ليس باعتبار هذا نائباً وإنما لفرض آخر هو حفظ العدالة وتحقيق التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين . ولقد أضاف المشرع الألماني في سياق نص المادة ٢٧٨ إلى النائب القانوني طائفة الأشخاص الذين يستخدمهم المدين كذلك لتنفيذ التزامه العقدي وأسبغ على هؤلاء نفس الحكم^(١) .

ومن يرجع إلى الأسباب الموجبة للقانون الألماني لسنة ١٩٠٠ وهو القانون الذي جاء فيه نص المادة (٢٧٨) يرى أنه لم يدر بخلد واضعيها إطلاقاً أن مبدأ النيابة هو الأساس الذي دفع المشرع الألماني إلى النص على مسؤولية الأصل في النيابة القانونية عن أفعال النائب القانوني ، بل أن الأسباب الموجبة نصت ثلاثة أسس لم يكن مبدأ النيابة واحداً منها^(٢) .

وعندى أنه إذا سئل الأصل عن فعل النائب فلا يسأل لأن فعل النائب هو فعله باعتبار الأخير نائباً عنه ، ذلك لأن النيابة هي أداء عمل قانوني بأمر من الأصل على وجه ما . . . على وجه معين ، فإذا خالف النائب ولم يؤد ما طلب منه فقد فقد على هذا الوجه هذه الصفة ، وإذا سئل الأصل بعد ذلك عن هذا الفعل فما أساس هذه المسؤولية إلا لوصفه ضامناً لفعل النائب الذي ربطته به علاقة النيابة ، كما هي الحالة بالنسبة للمدين في مسؤوليته عن من هم أهل بيته ، أو عن من هم في علاقة قانونية أخرى معه . فالمسؤولية هنا هي المسؤولية بمناسبة النيابة وليس بسببها إذا صح هذا التعبير .

وقد أدرك الفقيه «ديموج» ، ذلك فأورد نظريته في تحمل التبعة كأساس لمسؤولية الأصل عن فعل النائب فقال : بما أن الأصل يجني ثمرات النيابة ، أليس من العدل أن يتحمل في ذلك المخاطر . إن النيابة توسع نطاق سيطرته في العمل فتعطيه قابلية للتصرف لم تكن له لولاها . فيجب عليه أن يتحمل

(١) إن وضع النيابة ظرف وجد الشارع بمناسبة ضرورة مسألة الأصل فيه عن فعل النائب وأساس هذا هو ضرورة الموازنة الاقتصادية التي أشرنا إليها في المتن .

(٢) سبق أن أشرنا إلى هذه الأسس عند بحثنا لنظرية « بيكيه » في الأساس القانوني .

الأقدار السيئة التي يمكن أن تحصل . أن توسع نطاق سيطرته في العمل تزيد من معاناة الاحتكاك في نشاطه مع الآخرين . فمن العدل أيضاً أن توسع كذلك في المسؤوليات كما توسع في فرص الربح^(١).

ويشير « ديموج » ، في موضع آخر فيقول : أوليس هذا هو الوسيلة الوحيدة لتبرير السبب في أن الأصليل يسأل عن الأضرار التي يسببها فعل النائب بسبب عدم التنفيذ . . . عدم تنفيذ العقد الذي عقد لحساب الأصليل . . . إن الأصليل الذي يحصل على المغامم من النيابة يجب عليه أن يتحمل المغارم والمخاطر التي تنشأ عنها^(٢) .

وعلى أننا لا نقر الأستاذ « ديموج » ، في الأساس الذي ذهب إليه من أنه « تحمل التبعة » ، لأنه أساس غير سليم في رأينا ، ونذهب إلى أن الأساس الصحيح هو الضمان كما سشرح ذلك عند كلامنا عن الأساس القانوني الصحيح لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . إلا أننا نرى أنه أقرب جداً في تصوره الصحيح مما ذهب إليه الأساتذة « مازو » ، وغيرهما . إذ أنه اتجه إلى بيان الحقيقة وإن لم يستطع بلوغها .

٤ — ويعيب بعض الفقهاء على هذه النظرية إنها تتجاهل الفرق بين وضعي المسؤولية العقدية عن فعل الغير والنيابة . وذلك من ناحية أن آثار النيابة إنما تنصرف من وراء رأس النائب إلى الأصليل مباشرة ولا يسأل النائب عنها شيئاً بينما الحال في المسؤولية العقدية عن فعل الغير أن « الغير » ، فاعل الضرر فيها يقف في المسؤولية إلى جوار المدين . فإذا قيل بأن أساس مسؤولية المدين عن فعل الغير هو النيابة ، لوجب القول إذن بقصر المسؤولية على المدين فحسب دون الذهاب إلى مسالة فاعل الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية^(٣) . غير أنه في مقدور أصحاب هذه النظرية أن يردوا عنهم هذا النقد بقولهم إن الحالة واحدة من هذه الناحية في كلا الوضعين . فليس هناك في منطق القانون ما يمنع من قيام

(١) ديموج ج ٣ نبذة ٣٣٧ ص ٥٣٦ ج ٥ نبذة ٩٠٠

(٢) ديموج ج ١ نبذة ١٣٨ ص ٢٣١

(٣) بيلون : Pilon المرجع المعار إليه سالفاً نبذة ٧

مسئولية النائب الشخصية عن الأفعال الضارة التي تصيب المتعاقد على أساس من المسؤولية التقصيرية .

٥ - على أن الأمر ليذهب بنا في نقد الأساس القانوني على أساس نظرية النيابة إلى أبعد من ذلك وإلى أبعد مما يتصوره القائلون به ، وإنه ليدو من العجب أن نقول ، ومع الأسف الشديد ، أن أهم تطبيق في مسؤولية الأصيل عن فعل النائب والذي كان يمكن أن يعزز رأى فقهاء نظرية النيابة لم يسعفهم لا في القانون المدني الفرنسي ولا في القانون المدني الألماني ولا في أى تشريع مقارنة آخر .

نصت المادة (١٩٩٤ ف / ٧٠٨ مصرى ^(١) على أن الوكيل لا يسأل عن أعمال وكيله الثاني إلا إذا كان هو نفسه قد ارتكب خطأ في اختياره شخصاً معسراً . أو ليس من الغريب ونحن هنا أمام مسؤولية عقدية عن فعل النائب : أمام مسؤولية الأصيل (الوكيل الأول) عن فعل نائبه الاتفاقى (الوكيل الثاني) ومع ذلك لسنا أمام حالة من حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير بل أمام حالة يتناولها المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى . لكننا نستطيع أن نرى وجه عدم تطبيق المسؤولية عن فعل الغير هنا طبقاً لما رأيناه وما سنراه من أن الأساس الحقيقي للمسؤولية العقدية عن فعل الغير هو الضمان . . فن هو المدعى هنا في هذه الحالة ؟ أليس هو الأصيل (الموكل الأول) الذى يشتغل الوكيل الأول لحسابه ؟ هنا لم ير المشرع داعياً لتشديد المسؤولية على الوكيل عن خطأ وكيله الثانى فلم يفرض عليه الضمان الذى فرضه في أحوال أخرى اقتضت فرضه فيها .

٦ - هذا وإن فقهاء نظرية النيابة أرادوا أن يجمعوا في الأساس بين كلا الوضعين من أوضاع المسؤولية : المسؤولية العقدية عن فعل الغير والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وقالوا بأن أساس المسؤوليتين يقوم على النيابة . وقد رغبوا في هذا ليتوصلوا إلى القول بإمكان اعتبار التابع نائباً عن الأصيل في

(٢) تماثل المواد ١٥٧٦ من المشروع الفرنسي الإبطالى و ٧٨١ من القانون اللبناني ومادة ٢٥٤ من القانون السوفيتى مع مادتي الماتن في الأحكام .

تنفيذ التزامه . والذي لا يخفى أن الفقه وللقضاء متفقان على وجوب التفرقة بين التابع والوكيل^(١).

وعلى كل فلقد كان لرأى أنصار نظرية النيابة فيما يتعلق بالمادة ١٣٨٤ رد فعل واضح . وأنه إذا سلم هؤلاء الفقهاء من النقد فيما يتعلق باعتبارهم لأساس النيابة أساسا للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، فانهم لا يستطيعون منه فكاً كما فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية . حيث أن الأصل لا يكلف النائب عادة بارتكاب جريمة أو شبه جريمة^(٢) . وهناك نقد وجيه جداً يرسله « Flour » ، فيقول إن المادة ١٣٨٤ هي باعتراف الجميع قاعدة مستثناة من حكم القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي . فكيف يمكن بناء قاعدة عامة على قاعدة استثنائية^(٣) ؟ كما أن هذه المادة التي تحمل الطابع الاستثنائي ، تحدد الأشخاص والأحوال التي يسأل فيها المتبوع عن أفعال تابعة ولا يمكن إضافة أشخاص آخرين أو حالات أخرى في المسؤولية إلى هذه الحالات وهؤلاء الأشخاص^(٤).

ونحن لانحب مع ذلك أن يفهم عنا أننا من القائلين بعدم مسؤولية الأصل على أساس أنه لم يفوض النائب (أو التابع) سلطة ارتكاب جريمة أو شبه جريمة . ولكننا نذهب إلى أن أساس النيابة خاطيء لأنه يقوم على مقدمات خاطئة فيؤدى إلى نتائج خاطئة . وإننا نؤيد تماماً الرأى الذى يجمع المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير على أساس واحد . فلا يمكن أن تقوم هاتان المسؤوليتان المتماثلتان في الطبيعة إلا على أساس مشترك ، ولكننا

(١) راجع سأروك - المرجع السالف الذكر ص ٦٠ وأوبرى ورو ط ٥ ج ٦ ص ١٥٤ وبلانول شرح القانون المدنى ج ٢ نبذة ٢٢٣٢ وقض فرنسى ١٨٨٥/١٢/٣١ - سبرى ١٨٨٦ - ١ - ١٤٤

(٢) رامبسانو - المرجع المشار إليه سابقاً ص ٣٠٠

(٣) Flour ص ٥٣ وما بعدها .

(٤) فلور ص ٥٣ وفان راي Van Ryn المرجع السابق ص ٤٤ وبلانول وريبير واسمان ج ٧ نبذة ٦٢٥ ص ٨٥٤ وسلمون ورتش - المسؤولية التقصيرية المرجع المشار إليه سابقاً ص ٤٢٨ وسوردر المرجع السالف الذكر ج ٢ نبذة ٧٩٦ مكرر . ويقول سلمون ورتش أن المادة ١٣٨٤ يجب أن تفرض بنص خاص وأن تفسر تفسيراً حرفياً .

مع ذلك لا نقر الأساس الذى قال به الأستاذة « مازو » ، ومن تبعهم من الفقهاء وذلك للأسباب التى عرضناها أعلاه .

٧ - على أننا إذا تجاوزنا عن جميع أوجه النقد السالفة ، نرى أن نظرية النيابة بدورها قاصرة عن أن تشمل جميع الأحوال التى يمكن أن تشور فيها مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

وقد رأينا أن هذه النظرية تذهب إلى أن المدين يسأل تعاقديا عن عدم تنفيذ العقد الحاصل بفعل « الغير » بسبب علاقة النيابة القائمة بين المدين وذلك الغير . وبدون وجود هذه العلاقة لا يمكن أن تقوم المسؤولية على أساس . وبسبب ذلك يذهب الأستاذان « مازو » ، فى تفسير المادة (١٧٣٥) من القانون المدنى الفرنسى مذهباً عجيباً . ذلك أن هذه الحالة التى هى عبارة عن مثال نموذجي للمسئولية العقدية عن فعل الغير يرى الأستاذان « مازو » ، فيها مجرد تطبيق للمبدأ فى المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى^(١) .

ويبدو لنا صعوبة موافقة الأستاذين « مازو » ، على مذهبنا إليه : لأنه يمكن القول حينئذ أنه فى جميع أحوال المسؤولية العقدية عن فعل الغير يجب على المدين أن يتوقع حصول الضرر بفعل الغير وأنه يستطيع بمراقبة حازمة دقيقة أن يدفع الضرر فى كل الأحوال . وهذا مطلب عسير . وإذا صح فإنه يؤدي أيضاً إلى نفي النظرية العامة فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير التى حرص الأستاذان مازو على إثباتها فى كثير من الأحوال .

وإذا كان تطبيق المبدأ فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير ثابتاً فى المادة (١٧٣٥) من القانون المدنى الفرنسى^(٢) فإنه لا يمكن أن يقال أن أطفال وعيال

(١) يصرح مازو بأن المستأجر يسأل عن هؤلاء الأشخاص الذين يوجدون فى المأجور لأنه كان يجب عليه أن يتوقع حصول الاضرار التى تصيب المأجور بفعلهم ، أو أنه كان يمكنه أن يمنع وقوع الضرر لو أنه كان قد راقب هؤلاء الأشخاص مراقبة دقيقة . مازو : ج ١ ص ٩٧٤
نبة ٩٣٦ ط ٣

(٢) نحن نجرى هنا على رأى أستاذنا الدكتور سليمان مرقس رسالة القاهرة المرجع السالف الذكر ص ١٣٤ والأحكام المشار إليها فيها .

المستأجر (المدين في الالتزام برد المأجور سليما) هم نوابه في علاقته مع المؤجر وبذلك تقصر نظرية النيابة عن تبرير هذه الحالة وهى حالة خطيرة من أحوال المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

٨ - ثم أن هذه النظرية تقوم - كالنظرية السالفة - على أساس انكار مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، فعلام البحث عن هذه المشكلة وصرف الجهد في دراستها ما دام الأساس في المسؤولية هو النيابة فإذا كان المدين يعتبر مسؤولا عن أفعال غيره باعتبار هذا الأخير نائباً له . فلماذا لا يكون هذا هو التطبيق للمبدأ العام في المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى ؟

وأخيرا من ناحية موضوع الأساس الذى تقدمه نظرية النيابة نرى أنه لا يصلح لأن يكون أساسا حقيقياً لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

يقول أنصار نظرية النيابة بوجود قيام مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، فى القانون الفرنسى على الخصوص ، علما بأن هذا القانون لم يفعل سوى أنه قد أورد بعض تطبيقات لهذا المبدأ ، وذلك على أساس القاعدة العامة فى مسؤولية الأصل عن فعل النائب .

والذى كان يبدو ضروريا من وجهة نظرنا الخاصة لكى يتم لهم الحصول على غرضهم أن يعملوا على تبين حقيقة الدوافع والأساس القانونى فى نفس نظرية النيابة . كان عليهم أن يتبينوا السبب القانونى الذى دفع المشرع إلى تقرير مبدأ مسؤولية الإنسان عن غيره سواء أكان هذا الغير نائباً أم تابعا . ولكن هؤلاء الفقهاء وقفوا عند حد القول بأن أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير هى النيابة .

وفى الحق أنه لن يغنى ، كما نرى ، رد الأساس إلى النيابة والسكوت عنده . ذلك أن وضع النيابة نفسه كان مدعاة للتسامل فيه عن الأساس القانونى ، وعلى أى وجه تقع مسؤوليه الأصيل عن أفعال النائب . فذهبت الآراء فى ذلك مذاهب . قسم من الفقهاء أرجع الأساس إلى مبدأ تحمل التبعة ، كما رأينا ،

وقسم آخر من الفقهاء رده إلى المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير طبقاً للمادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى (١) .

أنه ، مع التسليم بأن المدين يسأل عن أفعال الغير الذين يسأل عنهم بمقتضى القانون لأنهم ينوبون عنه فى تنفيذ التزام الذى ألقى على عاتقه ، ليجب فى رأينا إعادة السؤال لماذا ولاى غرض قانونى قامت المسؤولية العقدية عن فعل الغير حتى فى نفس حالة النيابة . ولكن نظرية النيابة لم تحاول أن تجيب ولم تجرء أن تواجه هذا السؤال .

أن مسألة من أدق المسائل لإزالة السبيل والقاء الضوء على مشكلة الأساس القانونى للمسؤولية العقدية عن فعل الغير هى فى معرفة الغرض القانونى الذى يحتفى وراء نفس مبدأ النيابة .

خلال قرون طويلة سابقة فى تطور مبدأ النيابة وصل الأمر إلى اعتبار الأصيل مسئولاً مسئولية شخصية عن أفعال نائبة فيما يخص الشؤون التى يتكلف بها النائب لحساب الأصيل . فلماذا وصل الأمر بالتشريع والفقهاء إلى تقرير المسؤولية الشخصية للنوب عنه (الأصيل) عن أفعال النائب خلافاً لما كان معروفاً فى الأزمنة القديمة ؟!

من المسلم به أن النائب يعمل لحساب الأصيل وهذا الأخير هو الذى يجنى الفائدة التى تتحقق من عمل النائب ولمصلحته فن البديهي والمنطقي وما تقتضيه العدالة أن يضمن الأصيل أفعال نائبة لضمان حقوق المتعاقدين الآخر ولضمان حقوق المتعاقدين كل قبل الآخر . وهذا هو السبب الذى أدى إلى القول

(١) راجع وامينسانو المرجع السالف الذكر ص ٣٠٥ .

ويقول ستارك إن هذه النظرية تقوم كما تعتقد على خلط وهم ذلك أنه إذا كان من المقرر أن علاقة التبعية تشبه علاقة النيابة إلى حد كبير فإن هذا لا يغير من حقيقة أن نظرية النيابة لا يمكن أن تفسر لماذا يسأل الأصيل وقد سلك سلوكاً لا عيب فيه كما لو كان قد ارتكب الخطأ الذى ارتكبه نائبة . إن هذا الفرض لا يمكن أن يكون إلا على مجاز fiction ولكن المجاز لا يمكن أن يكون أساساً تقوم عليه القواعد العامة وخصوصاً فيما يتعلق بتفسير وضع النيابة كما يذهب إلى ذلك الراجع من الفقهاء .

ستاوك المرجع السالف الذكر ص ٢٠٨ .

باعتبار أفعال النائب كأنها هي أفعال الأصل نفسه حفظاً للتوازن الاقتصادي في ميدان العقد .

وهكذا يستطيع المرء أن يفهم كيف أنه يستطيع تأسيس المسؤولية العقدية عن فعل الغير في حالة النيابة وفي الحالات الأخرى . إذ أن الفكرة فيها أوسع من فكرة النيابة أو علاقة التبعية أو أى علاقة قانونية أخرى . . . أنها فكرة الضمان القانوني التي تسيطر على جميع هذه الحالات في القوانين الحديثة .

ومن هنا قد نستطيع أن نلتمس العذر للشرح الذين استندوا إلى فكرة النيابة إلا أن الحقيقة الكاملة هي أنه في جميع الحالات تصطف جميع هذه الأوضاع وتقف جنباً إلى جنب لتخدم غرضاً واحداً هو ضمان المتعاقد ، لصالح الدائن ، الأفعال التي تنتج بفعل نائبه أو بفعل أى شخص آخر له من علاقته بالمدين ما رأى المشرع معها وجوب إثبات مسؤولية هذا الأخير عن أفعال هؤلاء .

وبهذا ننتهى من دراستنا للنظريات المختلفة التي يؤدي الأساس فيها إلى تصور الخطأ الشخصي كأساس للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وقد أثبتنا عدم كفايتها جميعاً في الوصول إلى الأساس السليم لتلك المسؤولية ، وبذلك نصل إلى النظريات الأخرى التي حاولت بناء الأساس القانوني بطرح فكرة الخطأ . وستكلم عن هذه النظريات جميعاً في الفرع التالى .

الفرع الثانى

النظريات التي تطرح الخطأ

كأساس للمسؤولية العقدية عن فعل الغير

تشتمل هذه النظريات على نظرية تحمل التبعة وعلى نظرية الضمان الضمنى ونظرية الضمان القانوني وسنحاول دراسة كل نظرية منها في مبحث خاص مع تقدير كل منها .

المبحث الأول

نظرية تحمل التبعة

وبمقتضى هذه النظرية أن كل شخص يستخدم أشخاصاً لاجل تنفيذ الالتزام الذى أخذه على عاتقه لصالح الطرف الآخر ، يكون مسئولاً عن أفعال

هؤلاء الأشخاص إذا ما أخلوا بتنفيذ ذلك الالتزام ، أو إذا أساءوا تنفيذه ولو لم يرتكب هو شخصياً أى خطأ يمكن أن ينسب إليه أو يحاسب عليه .

ذلك أنه بالنظر للنافع والمزايا التي يحصل عليها المستخدم من نشاط هؤلاء ، وبما وسع . بسبب من نشاطهم ، دائرة أعماله فإنه يتعرض كذلك إلى تحمل ، تبعه ، الأعمال الضارة التي تصدر عنهم . وإذا كان هناك مجال للاختيار بين من يتحمل نتائج الأضرار التي قد تنتج من أفعال البدلاء والمعاونين أو المستخدمين في التنفيذ : بين المدين الذي استخدمهم وبين الدائن ، فإن تنازع المصالح يوجب أخذ المدين بالمسئولية . فالمدين هو الذي اختار التابع ولمصلحته الخاصة فيتبع ذلك أن خطر تحمل المسئولية تقع تبعته عليه هو نفسه ، على الأقل لأنه فاعل الضرر بصورة غير مباشرة إذ أنه هو الذي وضع التابع في الموضع الذي أدى إلى حصول الضرر فيه بفعل هذا الأخير^(١) .

نقد هذه النظرية :

١ — على أن هذه النظرية لا يمكن أن تقوم في فرنسا وفي مصر لسبب بسيط هو أنه لا المشرع الفرنسي ولا المشرع المصري يقران الأخذ بمبدأ عام في تحمل التبعة ، وعلى هذا فإنه لا يمكن القول بإمكان إقامة مبدأ عام في المسئولية العقدية عن فعل الغير على أساس هذا المبدأ .

٢ — ثم أن هذا المبدأ لا يستقيم في أحوال قد لا نجد فيها فكرة استخدام الغير في تنفيذ العقد ، ولا مسألة تحمل التبعة نتيجة لزيادة فرص الربح للدين . من ذلك مسئولية المستأجر مثلاً عن أفعال من يساكنونه ويشاركونه الارتفاع في المأجور .

٣ — ويذهب « بيكيه » في رد آخر على هذه النظرية : إلى أن هذه النظرية قاصرة عن تبرير المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وذلك لأن المدين غالباً

(١) قارن ديوج ج ٦ ص ١٠٢٨ وما بعدها وبلانول وريبير وبولانجيه ص ٣٨١ نبذة

١١٠٣ ج ٢ وبلانول المجلة الفصلية سنة ١٩٠٩ ص ٢٩٩ .

حايستخدم أشخاصاً وأتباعاً في منفعة ومصلحة الدائن ، كما يستخدمهم لمصلحته الخاصة (١) .

٤ - ثم يعترض اعتراضاً آخر فيقول على أنه إذا كان الأمر كما يدعى أنصار نظرية تحمل التبعة ، فإن المدين كان يجب أن يسأل ليس عن أفعال أو أخطاء التابعين والبدلاء فحسب ، ولكن عن كل النتائج الضارة حتى عن تلك التي تتحصل من القوة القاهرة أو الحادث الجبرى (٢) .

٥ - وهناك اعتراض آخر يمكن أن يوجه إلى هذه النظرية ، وهي أنها لا تنجح في تفسير حالة رجوع المدين على فاعل الضرر من تابع وبديل ومستخدم ، ومقاضاتهم واسترجاع ما دفعه إلى المتعاقد الآخر من تعويض . فلو كان الأمر كما يدعى أنصار النظرية لبطلت قاعدة الرجوع على أساس أن المدين هو الذى يجب عليه أن يتحمل المخاطر النهائية ، لأنه هو الذى يجنى المنافع والفوائد النهائية (٣) .

المبحث الثانى

نظرية الضمان الضمنى

وتذهب هذه النظرية ، كما يظهر من تسميتها ، إلى أن المدين يسأل عن أفعال مساعديه وتابعيه ، لأنه قد ضمن ضمناً أفعال هؤلاء الأشخاص .

وقد كتب رينو "Reuand" يقول : إذا كان الواقع ، كما نميل نحن إلى الاعتقاد ، أن فعل التابع يكون سبباً أجنبياً قاطعاً ، باعتباره حادثاً فجائياً ، فإن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا يمكن أن يزكى إلا إذا قام الدليل على أن هذا الحادث الفجائى الخاص يجب أن يقع على عاتق المدين وأن يتحملة على الرغم من كونه كذلك .

(١) بيكيه المرجع المقار إليه ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٢) بيكيه ص ٢٧٧ .

(٣) أنظر مازوج ١ ص ٩٧٨ وسأورك ص ٥٧ .

إن تقرير هذه القاعدة — كقاعدة عامة — لم يأت بصراحة القانون ، ولذلك يلزم الوجوع إلى اتفاق الطرفين المتعاقدين : الدائن والمدين . هذا الاتفاق إذا حمل نصاً صريحاً يلقى بعبء المسؤولية عن أفعال الغير على المتعاقد نفسه ، فإن إثارة مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير تصبح ضرباً من العبث .

على أن الأمر على خلاف ذلك إذا لم يحمل الاتفاق نصاً صريحاً ، فيجوز التساؤل على الوجه التالي : هل يمكن أن يكون الضمان عن أفعال التابع متفقاً عليه بصورة ضمنية ؟ هذه هي كما نعتقد عقدة الموضوع .

أن نظرية الضمان الضمني — ونحن لا زلنا مع Renaud — قد أيدت من قبل جمع من الفقهاء^(١) وإليها أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الألماني .

وإذا كانت قد وجدت في القانون الألماني قرينة قانونية بمقتضاها يفترض أن المدين مسئول عن السلوك المستقيم لتابعيه (ويشير بذلك إلى نص المادة ٢٧٨ من القانون المدني الألماني التي حسمت مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير هناك) ، فإن عدم وجود مثل هذه القرينة القانونية في القانون المدني الفرنسي ليؤدي إلى التساؤل لمعرفة هل أن مثل هذا الضمان عن أفعال الغير كان قد دخل في نية المتعاقدين عند التعاقد أم لا .

ويستطرد رينو قائلاً : يجب قبل كل شيء ألا يفترض أحد أننا نرى أنه يجب البحث في كل حالة بعينها للتفتيش عن النية الحقيقية للضمان الذي يراد فرضه على المدين ، فإذا كان المدين قد حمل على عاتقه هذا الضمان الضمني عن فعل الغير ، فإننا في الواقع لنتساءل هل في الإمكان اعتبار وجود هذا

(١) منهم سالي : المرجع السابق ص ٤١٦ وسافيتيه : المطول في المسؤولية المدنية

الضمان في كل عقد وبصورة عامة مطلقة . وهل في الإمكان افتراض أن المدين قد رضى بتحمل هذا الضمان عند الإقدام على التعاقد الذي يمكن فيه اللجوء لتنفيذه إلى الغير ؟

ويجب رينو «Renaud» على هذا التساؤل بالإيجاب ، ويقدم لذلك الأسباب الآتية فيقول :

إنه ليس من السهل في اقتصادنا الحديث أن نوافق على عقد لا يكون فيه المدين ضامناً بصورة ضمنية لفعل الغير . بدون شك قد يبدو هذا الضمان متعارضاً مع مصالح المدين الخاصة ، ولكن لو ولينا وجهنا شطر الدائن ، فهل يعتقد أحد بأن هذا الأخير قد قبل بأن يبرأ المدين في الأحوال التي يرجع عدم التنفيذ فيها إلى فعل تابع من أتباعه ؟

هل يمكن أن يعتقد أحد أن الدائن أراد أن يخرج نفسه بإثبات خطأ المدين في الاختيار أو الرقابة . ذلك الإثبات البالغ الصعوبة .

إن تفكير الدائن واضح وهو : رتب أمورك أنت أيها المدين حسب ما يحلو لك . نفذ منفرداً أو بواسطة مساعدك ، ولكن المهم هو التنفيذ ، وإذا ما قصر تابعوك في مهمتهم فالويل لك ! إذ إنني أنا الدائن لا أعرف عنهم شيئاً ولا أعرف أحداً سواك .

وتفكير الدائن على هذا النحو معروف للمدين ، ولا يمكن أن يضعه موضع الشك ، فهو نفسه لو كان دائماً لفكر نفس هذا التفكير . وهذه هي إرادة الدائن وتطابقها إرادة المدين المتعاقد على هذا الأمر وهو عين التعاقد على الضمان الضمني .

ويستطرد رينو قائلاً : وبالإضافة إلى ذلك فإن الاعتبارات الاقتصادية تتطلب أن يكون المدين مسؤولاً عن أفعال تابعيه . وإذا كانت هذه الاعتبارات الاقتصادية لا يمكن أن تخلق قواعد قانونية ، فإنها على الرغم من ذلك يمكن أن تولد ذهنية قانونية لخلق قاعدة قانونية . ويكون من الصواب الذهاب مع الأسباب الموجبة للقانون المدني الألماني بأنه إذا كان المدين قد التزم

بتعهد ما ، فإن قواعد التجارة الحديثة ترى في هذا التعهد أو الارتباط علامة على تعهد المدين بضمان سلوك من يساعدونه في تنفيذ التزامه هذا سلوكا مستقيما . فيمكن الأخذ إذن بقرينة الضمان التعاقدى الضمنى فى فرنسا على أساس الضرورات الاقتصادية التى تحتم الأخذ بمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وإذا كانت الضرورات الاقتصادية لا يمكن أن تخلق قواعد قانونية كما قلنا ، لكنها يمكن أن تقود إلى وضع مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، على أساس الإرادة المحتملة للمتعاقدين^(١) .

نقد هذه النظرية :

١ — إن كثيراً من الفقهاء قد عابوا ، ولهم الحق ، على هذه النظرية افتراضها لذلك الضمان الذى يقال بأن المدين قد تحمل بواسطته وبصورة ضمنية تبعة أفعال تابعيه ومساعديه . ويذهب الراجح من الفقه إلى أن هذا الضمان ، على هذه الصورة ، ما هو إلا خيال محض وتصور موهوم^(٢) .

وكتب «مازو» فى هذا الصدد يقول : لقد حاول البعض أن يبنى المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، على أساس الإرادة الضمنية للطرفين المتعاقدين ، وقد أكد هذا البعض أن المدين قد تعهد ضمناً للدائن أن يضمن له أفعال تابعيه . لكن هذا يفترض عند أطراف العقد نية غير موجودة ، أو على الأقل لا توجد دائماً وفى كل الأحوال .

ثم أن المدين مسئول سواء أراد هذا الضمان أم لم يرد ، ويجب عليه دائماً أن يتحملة . وهو على هذا يكون مسئولاً دائماً وفى جميع الظروف^(٣) .

٢ — ثم أنه قد يبدو من الأحوال التى يبررها سالى ورينو هذه المسؤولية

(١) رينو ص ٦٣ .

(٢) بيكيه ص ٢٨١ . استيفانى ص ٩٦ سآورك ص ٨٥ ، ديموج ص ٦٢٨ . بهجت بدوى

رسالة باريس ص ٦١ وما بعدها .

(٣) مازو ص ٩٧٨ .

أن هذا الأساس يفترض أن المدين قد التزم بتحقيق نتيجة ولذلك يلقى عليه هذا الضمان . وفي هذا تراجع إلى نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة . . تراجع إلى نظرية سبق لنا بيان فسادها وعدم صلاحيتها كأساس لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ومن هذا كله يظهر أن نظرية الضمان الضمنى قاصرة بدورها أيضاً عن تقديم أساس سليم للمبدأ العام المشار إليه .

المبحث الثالث

نظرية الضمان القانونى

إن الدكتور بهجت بدوى هو الذى عرض لنا هذا الرأى متابعاً به الأستاذ بيكيه فيما يخص الأساس القانونى للمبدأ فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الألمانى .

ويذهب هذا الرأى إلى أن الأساس الحقيقى لهذا المبدأ هو القانون نفسه وهو الذى يفرض ضمان أفعال الغير ويلقيها على عاتق المدين .

ويقول بهجت بدوى : « والاعتبارات التى أدت وتؤدى بالمشرع إلى وضع مثل هذا الضمان هى الاعتبارات التى تنجم عن العدالة وتحقيق المصالح العامة ، أما لاعتبارات العدالة فلأنه فى الحقيقة أغلب ما يكون هؤلاء الأتباع الذين يسأل عنهم المدين غير مستطيعى الوفاء بمبلغ التعويض الذى يحكم به عليهم ، وذلك لأنهم غالباً ما يكونون من المعسرين . ومن يبق إذن فى المجال القانونى إلا شخصيتين اثنتين : أحدهما شخصية الدائن والأخرى شخصية المدين ، ولا يمكن أن يختار لتحمل مسؤولية أفعال هؤلاء إلا المدين ذاته الذى يجب عليه أن يتحمل نتائج أخطاء تابعيه . ثم أن تطلب إثبات خطأ المدين فى الاختيار أو الرقابة عبارة عن إخلال بمقتضيات العدالة ، حيث أنه غالباً ما يكون هذا الإثبات من الصعوبة بمكان ، على الخصوص فى حالات الصناعات والمشروعات الكبيرة .

ثم أن هذا الضمان ضرورى أيضاً لمقتضيات الضرورات الاقتصادية الملحة .

فمن جهة لقد اندفع تقسيم العمل إلى أبعد الحدود ، وذلك بسبب التطور العميق للصناعة والمشروعات الكبيرة وبسبب تقدم التجارة ، فإن شأننا واحداً من الشؤون ليتطلب في العصر الحديث تعاون أوجه نشاط متعددة . ومن جهة أخرى فإن تنازع المصالح أصبح حاداً بالغ الحدة . ومن هنا يمكن أن يرى جيداً كيف أنه من الضروري أن يسأل أرباب الصناعات وأرباب العمل ومن على شاكلتهم بصورة مطلقة عن أخطاء تابعيهم .

ويستطرد الدكتور بهجت بدوى إلى القول : ولقد قلنا سابقاً أن المادة (٢٧٤) من القانون المدنى الألمانى تضع المبدأ العام الذى بمقتضاه يسأل المدين عن خطئه الشخصى ، والمادة (٢٧٨) قد جاءت تعارض هذا المبدأ العام فتضع مبدأ مسؤولية المدين عن أفعال تابعيه .

وأما هنا فى فرنسا المادة نص (١٣٨٤) ونص المادة (١١٤٧) التى يبنى على هداها « بيكيه » نظريته العامة فى المسؤولية العقدية عن فعل التابع .

ولكن المشرع الفرنسى فى كلامه من السبب الأجنبى لم يتوقع ولم يقصد المعنى الذى فسره به « بيكيه » ، أن من الواضح أن المشرع الفرنسى قد أهمل الكلام عن أثر فعل التابع بالنسبة للمدين كما سبق أن أشرنا فيما سبق ، وعليه لا يمكن أن يكون هناك حل للموضوع غير الذى جاء به المشرع الألمانى ، فالأسباب الآمرة للعدالة والنظام الاقتصادى التى حتمت وجود المادة ٢٧٨ فى التشريع المدنى الألمانى هى نفسها التى تفترض وجود المبدأ أيضاً فى القانون الفرنسى حتى مع عدم وجود نص خاص فيه كالذى ورد فى القانون الألمانى . لأن هذا المبدأ هو قاعدة من قواعد العدالة وقواعد النظام العام لا تؤثر فى وجودها وعدمها نص أو عدمه ، ولا يؤثر ذلك فى وجوب تطبيقها^(١) .

ولن نناقش هنا هذا الأساس فيما يتعلق بالقانون الألمانى والقانون السويسرى فإن لذلك مكاناً آخر ؛ على أنه يبدو للوهلة الأولى سحر هذه النظرية

فما يتعلق بالقانون الفرنسى . غير أن هذا السحر ليزول متى برهنا أن هذا الضمان وتلك القرينة القانونية المزعومة لا ينهض عليها دليل حتى تملك الأسباب التى ساقها الدكتور بهجت بدوى لتأييدها .

ولقد قال رينو "Renard" إن اعتبارات المصالح الاقتصادية أو التجارية لا تكفى لوحدها لخلق قاعدة قانونية ، ولا تكفى لكى ينشأ المبدأ العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير . المبدأ الذى قال عنه الدكتور بهجت بدوى إنه يعارض المبدأ العام والقانون العام فى المسؤولية العقدية . . المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى .

ثم أن مبدأ المسؤولية عن فعل الغير نفسه قد يتغير من وضع إلى آخر ، وقد يصطنع القانون لكل وضع شروطاً خاصة قد تبعده عن وضع المسؤولية العقدية عن فعل الغير أو قد تدنيه منه .

وأصدق مثال على ذلك حالة الوكالة . فإن نص المادة ١٩٩٤ مدنى فرنسى م ٧٠٨ من القانون المدنى الجديد تنص على أن الوكيل لا يسأل عن أفعال الوكيل الثانى إلا إذا أساء الاختيار . أى أن أساس المسؤولية هنا يقوم لا على المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، بل على أساس المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى .

ثم أنه توجد أحوال عديدة وخصوصاً فى عقود التبرع كالهبة والوديعة والعارية لا يمكن أن تشور فيها لاعتبارات العدالة ولنظرية السبب إلا عند وجود نص صريح ، مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وقد لا يلتزم المدين فى بعضها - كالهبة - إلا عن خطئه الجسم فحسب م (٤٩٦ جديد) و(٥٢١ ألماني) وعن العارية كذلك فى القانون الألمانى مادة ٥٩٦ .

ولذلك فتحن نحالف من يرى إقامة مبدأ عام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير فى القانون المدنى الفرنسى أو فى القانون المدنى المصرى القديم وفى أى قانون آخر لا يوجد فيه نص صريح عام .

الفرع الثالث

مشكلة الأساس القانوني

في القوانين التي لم يورد المشرع فيها نصاً عاماً

لقد أجمع الفقه والقضاء في فرنسا وأجمع الفقه في مصر كذلك^(١) عند محاولته معالجة مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير على أن المشرع الفرنسي والمشرع المصري القديم لم يحاولا أن يقيما مبدأ عاماً في المسؤولية العقدية عن فعل الغير . فإن هذه القوانين لم يرد فيها نص كالذي ورد في المادة ٢٧٨ من القانون المدني الألماني وكالذي جاء في المادة ١٠١ من قانون الالتزامات السويسري . فكيف يمكن إذن والمسألة على هذا الوضع — أن تحل مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في هذه القوانين ، وعلى أى أساس يمكن أن يقوم هذا الحل ؟

لقد رأينا فيما سبق أن جميع المحاولات قد أخفقت لتقرير وجود مبدأ عام عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون الفرنسي والقانون المصري القديم ولم ينجح أى أساس من الأسس التي عرضت فيما سبق في أن يثبت على النقد لكي يقوم عليه ذلك المبدأ العام المراد .

وفي الحق أنه لن تنجح أى محاولة من هذا القبيل لاثبات المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا في فرنسا ولا في مصر قديماً . أن الأساس الحقيقي الذي يقوم عليه المبدأ العام في التشريعات الحديثة هو الضمان القانوني كما سنرى ذلك فيما بعد : الضمان القانوني الذي يلقي على عاتق المدين ويتحمل بموجبه نتيجة فعل الغير . وهذا الضمان القانوني لا يمكن أن يقوم إلا مستنداً إلى نص صريح في القانون . بغير ذلك لا ينجح أى رأى يحاول أن يستند إلى

(١) مازو المرجع المشار إليه الطبعة الأخيرة من ٢٨٣ وستيفاني من ٩٥ سلمان مرقص من ٤١٠ ، بهجت بدوي أصول الالتزامات من ٤٥٥ ورسالة باريس ١٩٢٩ من ٥٩ وكل المراجع المشار إليها في من ٨ من الرسالة .

اعتبارات تخرج عن النصوص وعن القواعد القانونية العامة ، للقول بوجود المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

أضف إلى ذلك أن هذا المبدأ يدخل بشكل استثنائي خطير على مبدأ آخر : مبدأ عام معروف هو المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي .

والرأى السليم الذى يمكن أن يقوم على الإدراك النيّر لحقيقة وجوهر القواعد القانونية وملاساتها هو الذى يذهب إلى أن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا يمكن أن يختلف في الطبيعة إطلاقاً عن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير حيث يرمى كلاهما إلى غاية واحدة وهدف واحد .

فإذا كان الشارع الفرنسى قد أورد النص المشهور في المادة (١٣٨٤) فما ذلك إلا لرغبته في الخروج عن دائرة المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي ، ولكننا إذا تصفحنا نصوص المسؤولية العقدية لم نجد نصاً مماثلاً لذلك النص ، وبالتالي فإن الخروج عن القاعدة العامة بدون نص أمر لا يجوز . يدعى هؤلاء الذين يرون جواز هذه الخروج أن هناك مبررات قوية من العدالة والمصلحة العامة توجب ذلك . ولكن من يراجع نصوص القانون الفرنسى أو المصرى القديم مثلاً ليجد أن هناك اختلافاً في كيفية معالجة مسائل المسؤولية في وضع من الاوضاع عنه في وضع آخر ، وقد ينفرد بعض الاوضاع بعلاج مشكلة المسؤولية فيه على نحو يغاير وضعاً له مشابه أو قريب .

وأبرز مثال على ذلك وضع الوكالة حيث يرتب الشارع مسؤولية الوكيل الأول عن أفعال وكيله الثانى بعيداً عن القاعدة العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير وراداً إياه إلى القاعدة العامة في المسؤولية عن الفعل الشخصى كما سبق وأشارنا إليه مراراً^(١) .

(١) وتأييداً لرأينا نسوق كلام بيكيه حيث يقول : *Cependant le préncipe n'est pas absolu, le mandataire qui a été autorisé a se substituer, n'est pas responsable, dit l'art. 1994 ques'il a fait choix d'une personne incapable ou insolvable . . . dans le meme sens l'art. 1748 l tti. /o/o Auteriche. 664 All. 399 suis féd"*

ويستطرد بيكيه إلى القول بأن القانون الألمانى يذهب إلى هذا أيضاً فيما يخص العارية مادة ٥٩٩ وفما يخص مسؤولية مدير المؤسسة م ٢٧ ومدير الشركة م ٧١٣ والقائم بشئون الوصية (بيكيه ص ٢٩٢) .

وأن تقدير اعتبارات العدالة والمصلحة العامة ليببدو لنا مختلفاً في كل حالة بعينها . ولكل ذلك رأينا أن ما سبق وضع المادة (٢٧٨) في القانون الألماني ومناقشة الموضوع في مؤتمر الفقهاء الألماني ، يوحى بأن هذه الاعتبارات تختلف من رأى إلى رأى ومن مكان إلى آخر ، ولا يستطيع أن يحسم اعتبارات العدالة ومقوماتها وضرورياتها في تشريع من التشريعات غير المشرع نفسه . . . إن عدالة التشريع . . عدالة القانون ضمن النصوص العامة هي التي لها الاعتبار الأول إذ لا محل للعدالة المطلقة في بحث مسألة ما من مسائل التشريع والقانون .

ولهذه الأسباب اضطر المشرع الألماني — مقدرا اعتبارات العدالة ومقتضيات التطور الاقتصادي — إلى إيراد المادة (٢٧٨) في مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وهكذا كان الأمر في سويسرا .— من عدم إيراد نص عام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، إلى أن طلع المشرع السويسري بنص المادة (١١٥) في قانون سنة ١٨٨١ التي أصبحت فيما بعد المادة (١٠١) في قانون الالتزامات السويسري لسنة ١٩١٢ .

ولذلك فإنه لا يجوز القول بإمكان إقامة مبدأ عام في المسؤولية العقدية ، عن فعل الغير في فرنسا من مجموعة النصوص المتفرقة . وهذا ما كان يمكن اعتباره الرأي السليم في ظل القانون القديم في مصر .
كيف إذن يمكن أن يكون الحل ؟ .

قد يبدو أن ما قلناه في غاية الجراءة لما فيه من مجافاه لمعظم الآراء التي قيلت في خصوص مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، ولكننا نؤمن مع ذلك بشيئين اثنين :

١ — إنه في حدود النصوص الراهنة في القانون الفرنسي لا يمكن إقامة مبدأ عام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وكان الأمر كذلك في ظل القانون المدني القديم على أنه والله الحمد أصبحت المناقشة في ظل القانون المصري مناقشة تاريخية فحسب .

٢ — نحن نتفق مع جمهور الفقهاء في أن هذا المبدأ أصبح من ضروريات التشريع المدني في العصر الحديث فيلزم لذلك تدخل المشروع في الظروف

والأحوال التي يراها ملائمة لتقرير هذا المبدأ . وهذا هو ما فعله حديثاً واضح القانون المدني المصري الجديد .

ونحب هنا أن نقرر حقيقة أخرى وهي أنه قد يبدو من خلال الأخذ والرد في الدفاع عن قيام مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير أو عن عدم قيامه ، إن المسألة قد تكون على أعظم جانب من خطر الشأن من الناحية العملية . على أن الأمر فيما نعتقد أبسط مما يظنه الكثيرون .

أن المناقشة النظرية قد تبدو ضئيلة الأهمية جداً عند الإقدام على تطبيق نصوص القانون ، وعندما توضح المسألة أمام أعين القضاة (١) .

وعندى أنه يمكن التوفيق ببساطة متناهية بين مقتضيات العدالة والضرورات العملية من جهة ، وبين مظهر القواعد القانونية الدقيقة من جهة أخرى . وفي الواقع أننا لو قمنا بعقد مقارنة بين القوانين التي ورد فيها نص عام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير وبين التشريعات التي لم ينص فيها على هذا المبدأ لوجدنا أن أغلب النصوص التي تنطبق على مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في التشريعات الأولى قد تناولتها نصوص مشابهة في التشريعات الثانية ، وفي خارج هذه النصوص لا نحسب أن المشكلة قد تثور على نطاق واسع نوعاً ما .

على أنه إذا فرض وأمكن أن تثور مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير خارج حدود النصوص التي وردت في التشريعات الخالية من النص العام

(١) وأمّا مجموعة كبيرة من الأقضية وعلى النصوص ما كان خاصاً منها بفرنسا تطبق هذا المبدأ في الأحوال التي وردت فيها النصوص الخاصة به في القوانين وترجع في الأحوال الأخرى إلى سائر طرق الدلالات والاستنباط للحكم بالمسؤولية . فقد حكمت محكمة استئناف باريس في الحكم المشار إليه ص ٣٨ من الرسالة بمسؤولية شركة المترو عن فعل مسافر أصاب مسافراً (راكباً) آخر على أساس عدم كفاية تابعها في مراقبة فتح وغلق أبواب المترو . (جازيت باليه ١٩٢٧ ج ٢ ص ٦٢٢) نقض فرنسي (٢/٨ / ١٩٤١ D.J. 13. 1941) نقض فرنسي ١٣ / ١٢ / ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ص ١ سنة ١٩٢٨ . وفيه أيضاً نقض فرنسي ٢٠ / ٧ / ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ ص ٣٨٢ سنة ١٩٣٢ ومحكمة النقض عرائض ٤ / ١١ / ٩٣٨ ، جازيت باليه ج ١ ص ٤٧٥ سنة ١٩٣٨ . ومحكمة اكس ٢٧ / ٢ / ١٣٨ ، دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ ص ٢٩٧ حكم محكمة النقض في ٣٠ / ٤ / ١٩٤٧ . جازيت دي باليه ١٩٤٧ - ٢ - ٥٥ .

ولنأخذ القانون الفرنسى كمثل ، فإنه يمكن اللجوء إلى طرق أخرى كثيرة للوصول إلى حل عملي ومنطقي معا . ومن هذه الطرق :

١ - قواعد التفسير عن طريق دلالات النصوص : مفهوم النص وموافقة النص وغيرها .

٢ - وإذا قصرت هذه الدلالات في التفسير فإن عندنا مصدراً غنياً وهو الرجوع إلى استنباط نية المتعاقدين الحقيقية ، وإلى تعرف اتجاهها إلى الضمان الضمنى من المتعاقد للمتعاقد الآخر . وليس أسهل على القاضى من هذا الاستنباط فى كثير من الأحيان كما يعترف بذلك أئمة الفقهاء . وعلى الرغم من أننا سبق وأنكرنا على « سالى ، و « رينو » نظريتهما فى تأسيس مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير على الضمان الضمنى ، وقد عرضنا إلى أنه لا يمكن إطلاق القول بوجود هذا الضمان الضمنى كضربة لازب فى كل عقد خلا من الشروط التى تحدد العلاقة بين المتعاقدين ، إلا أننا نتفق مع جميع الفقهاء فى القول بأنه يمكن اكتشاف وجود الضمان الضمنى فى كثير من الأحيان^(١) .

هذا وقد نجد فى العقد أحيانا نصا صريحا يؤكد هذه المسؤولية وذلك بما يسهل مهمة القضاء إلى حد كبير .

٢ - وأخيراً قد يمكن الالتجاء فى النهاية إلى المادة (١٣٨٤) من القانون المدنى الفرنسى و ١٧٤ مصرى لإلقاء عبء المسؤولية على المدين إذا ما توافرت أركان المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير حسب شروط هذه المادة .

ومن هذا كله يبدو أن الأمر ليس على ما قد يظهر من الخطورة لأول وهلة فى القول بنفى المبدأ العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الفرنسى وفى كل تشريع آخر حذا حذوه فى إيراد تطبيقات خاصة لهذا المبدأ خصب . وكان يجب أن يقال بهذا رأى أيضاً فى مصر فى ظل القانون القديم . وقد تدارك المشرع المصرى الجديد هذا فقطع حبل الجدل فى هذه المسألة بإيراده فى نص المادة (٢١٧) ما يشير إلى قبوله لهذا المبدأ كمبدأ عام .

على أننا نأخذ على المشرع المصرى تقصيره فى إيراد هذا النص على الشكل الذى ورد فيه ، إذ كان أمامه وهو يعالج هذه المسألة نصوص أدق وأوضح كنص المادة (١٠١) من قانون التزامات السويسرى ، ونص المادة (٢٧٨) من القانون الألمانى مثلاً . وقد غابت عنى الحكمة فى إيراد النص المصرى على الشكل الذى صيغت به المادة (٢١٧) ، كما سبق وأشارت إلى ذلك عند دراستى لتاريخ مبدأ المسؤولية العقدية ؛ عن فعل الغير فى القانون المصرى .

الفصل الثاني

الأساس القانوني في التشريعات

التي ورد فيها نص على المسؤولية العقدية عن فعل الغير

لقد اجتهد عدد كبير من الفقهاء الألمان وعدد من الفقهاء في سويسرا في تعرف الأساس القانوني الذي يقوم عليه المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير في كل من القانونين الألماني والسويسري . وتمتاز آراء هؤلاء الفقهاء جميعا بالعمق والدقة . على أن كل النظريات التي قيل بها لا تخرج في جوهرها عن النظريات التي طرحت في فرنسا ومصر وفي غيرها من البلاد . نظريات بعضها يرجع الأساس إلى النيابة وبعضها يرجعه إلى مبدأ تحمل التبعة وبعضها الآخر إلى الضمان القانوني وبعضها الآخر يرجعه إلى أساس الالتزام بنتيجة . وقد أوردت الأسباب الموجبة (Les motifs) في القانون المدني الألماني ثلاثة أسس لهذا المبدأ هي : تحمل التبعة ، الالتزام بنتيجة ، والضمان الضمني^(١) . وها نحن نعرض على التوالي أهم النظريات في خصوص تحديد الأساس القانوني لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

الفرع الأول

النظريات التي قيلت على أساس النيابة القانونية

لقد قيل بعدة نظريات في بيان أساس مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وتجتمع كلها في النهاية على أساس النيابة وسنشرح لذلك في المباحث التالية هذه النظريات .

المبحث الأول

نظرية Dreyer

لقد ذهب الفقيه الألماني « Dreyer » في تقريره الذي قدمه للمؤتمر السابع عشر للفقهاء الألمان ، إلى أن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير يقوم على أساس النيابة « *qui facit per alium facit per sei* » . ويرى « Dreyer » أن التابع الذي يعمل برضا سيده إنما يعتبر نائباً لهذا الأخير . ويعتبر كذلك حتى ولو لم تلتج علاقة النيابة من عقد وكالة بين الإثنين . فإن للعامل ، حتى مع عدم وجود عقد الوكالة . التفويض الدائم والسلطة اللازمة لتنفيذ العمل الذي عهد به إليه ^(١) . وقد سبق أن قلنا ونعيد القول هنا — ويؤيدنا فقهاء ألمان في هذه المرة — أن هذه النظرية مهما بدت من أنها مغرية فهي ليست إلا نظرية خاطئة .

فالأشخاص الذين يستخدمهم المدين لتنفيذ التزامه لا يقومون بانجاز أعمال قانونية ، وهذا على الأقل في غالبية الأحوال ، وإنما هم يقومون بانجاز أعمال مادية ^(٢) .

فالنيابة ، التي هي عبارة عن حلول إرادة محل إرادة أخرى لانجاز مهمة ما ، لا تتكون إلا في الإفصاح عن إرادة الأصيل ، بإرادة النائب ، لانجاز تصرف قانوني وليس لغرض القيام بأعمال مادية بسيطة .

ففي الحقيقة لأجل أن تكون هناك نيابة لا يكفي أن يتعهد شخص بالقيام بنشاط لمصلحة الغير ولكن يجب أن يكون الغرض من هذا النشاط هو الوصول إلى عقد تصرف قانوني لحساب الغير .

وهكذا يكون تحقيق عمل قانوني في استعمال حق أو انجاز التزام ممكناً — كما يقول « Von Tuhr » ، — لأن يكون علاقة نيابة ، كاستعمال حق التنازل بإعلان إرادى من جانب واحد مثلاً ، أو تنفيذ التزام بنقل حق . ولكن هذه ليست حالة التابع البسيط الذى يتحدد نشاطه بالقيام بعمل مادي بحث بأن يعاون المدين على تنفيذ الالتزام .

(١) هذه النظرية مشار إليها في بازولا . المرجع السالف الذكر ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) فون توهر Von tuhr الالتزامات ج ١ ص ٢٨٢ مشار إليه في بازولا ص ٢٨ .

إن انجاز التصرف القانوني يقع على الخصوص على عاتق المدين : فهو الذي يعقد أو يبرم العقد مع الدائن وهو الذي لهذا السبب يقوم بالنشاط القانوني . أما عمل التابع فعلى العكس من ذلك إنما يكون في النشاط المادى الذى يضاف إلى نشاط المدين ، وهذا الانضمام هو الذى يبعد كل حلول لإرادة محل إرادة أخرى لانجاز تصرف قانوني .

يضاف إلى ذلك فإنه يشترط — وهذا بديهى — أن يعرف النائب الشخص الذى يقوم بالتعامل معه لحساب الاصيل . وعلى هذا لا يمكن القول أبداً بحسب مثال « Enneccerus » ، أن عاملاً عند خياط عهد إليه بأن يجهز بدلة ، يمكن أن يعتبر نائباً لسيده فى ذلك . فالعامل فى الحقيقة لا يعرف حتى من ستكون البدلة من نصيبه .

على أنه إذا قيل بحسب « شيروني Chironi » ، أن هناك نيابة فعلية فإن هذا ليبدو أنه شعور ، من أولئك الذين يقولون بمبدأ النيابة كأساس لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، بعدم صحة المعنى الذى يحاولون الصاقه بمبدأ النيابة من الناحية القانونية . والذى يبدو لنا من هذا أن اصطلاح النيابة الفعلية خال من أى معنى قانوني^(١) .

المبحث الثانى

نظرية العضو

يذهب "Abicht" هذه المرة إلى القول بأن مجموع الاعوان الذين يستخدمهم المدين عبارة عن منظمة "organe" تابعة له ، فأفعاله الحسنة والسيئة هى التى تنبثق عن العضوية "organisime" بالنسبة لصاحب المنظمة ، ولهذا السبب فهو الذى يجب أن يسأل عنها . فالمدين بحسب مقدرته وقوته لا يستطيع

(١) قارن بازولا ص ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ويمكن أن يضاف طبعاً الى هذه الاعتراضات على نظرية النيابة كأساس لمبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير كافة الاعتراضات التى سقناها سالفاً عند علاجنا لهذه النظرية فى الفصل المتقدم .

منفرداً أن ينجز عملاً من الأعمال فلولوصول إلى ذلك يكون مضطراً إلى تقوية أهليته وكفاءته في العمل وإلى تدخل الأعوان الذين ينضمون إليه . وبذلك يكون من المنطقي أن يظل مسؤولاً عن أخطائهم .

والواقع أن ما يقوله هذا الكاتب ما هو إلا تصور وخيال .

إن الحقيقة على خلاف ذلك . إن نشاط الأعوان ينفصل عن نشاط المدين ويختلف عنه من الناحية النظرية والعملية . صحيح أنه هو الذي يختار الأعوان ولكن نشاطهم يختلف عن نشاطه الشخصي ^(١) .

وعندى أن هؤلاء الفقهاء ويمثلهم « Abicht » لم يصلوا ولم يلمسوا ، حتى مع صحة افتراضهم هذا ، السبب الذي دفع المشرع إلى اعتبار أفعال الاتباع كأفعال أرباب العمل . وهذا هو الغرض من دراسة الأساس القانوني للمسئولية العقدية عن فعل الغير كما سبق أن أشرنا عند نقدنا نظرية النيابة « لمازو » ^(٢) .

المبحث الثالث

نظرية الأداة

يذهب «mayer» الفقيه الألماني المشهور في تقرير قدمه أيضاً إلى المؤتمر السابع عشر للفقهاء الألمان — إلى أن المستخدم ليس إلا أداة في يد المدين ، ولذلك لا يجب الاصرار على معرفة السبب في مسؤوليته عن الاتباع .

على أنه لا حاجة إلى كثير من الجهد لدحض هذه النظرية . أنه لا يمكن بحال من الأحوال تشبيه التابع ، وهو الذي له إرادة ونشاط خاص ، بأداة في يد المدين وذلك لغرض الوصول إلى استخلاص نتائج قانونية . فإن هناك شخصاً له أهلية قانونية مقابل آلة صماء غير حية . وهكذا يبدو أن هذه النظرية الأخرى ليست إلا لا شيء ^(٣) .

(١) سأورك ص ٦٣ - ٦٤

(٢) راجع الفصل السابق في الرسالة

(٣) سأورك المرجع المتقدم ص ٦٤ .

أن المستخدم بالرغم من أنه يتلقى تعليمات وتوجيهات رب العمل فإن له حرية في العمل كذلك ، وله نشاط يختلف عن نشاط المدين ويتميز عنه . هذا النشاط الذى ينضم إلى نشاط المدين ولا يندمج فيه . وفى هذا يقول « بيكيه » « Enneccerus » إن تابع المدين هو آلة تدير نفسها بنفسها ، وليس هو آلة فى أيدي المدين كذلك الآلة التى تكون فى يد الحداد^(١) .

كما أننا يمكن أن نوجه إلى هذه النظرية ما سبق أن وجهناه إلى سواها من النظريات من ناحية قصورها عن أن تحكم جميع حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وإذا نجحت هذه النظرية فى بيان الأساس القانونى لمسؤولية المدين عن أفعال تابعيه فإنها لا تنجح فى بيان الأساس القانونى لمسؤولية المدين عن أفعال الذين يمارسون حقاً من حقوقه التى اكتسبها بالعقد الذى عقده مع المتعاقدين الآخرين ، وذلك كمسؤولية المستأجر الأول عن أمثال المستأجر الثانى (من الباطن) ومسؤولية المقاول الأصلى عن المقاول الثانى ومسؤولية المستأجر عما يأتیه من أفعال ضارة من يوجد فى المأجور من أهل بيته أو من الذين يوجدون فيه برضاه فى وقت من الأوقات .

الفرع الثانى

نظرية تحمل التبعة وفروعها

المبحث الأول

نظرية تحمل التبعة

قال بهذه النظرية فى ألمانيا فقهاء منهم « Unger » « Rameilun » . ويقول الأول : إن المدين الذى يستدعى الغير لتنفيذ التزاماته الشخصية يلتزم قبل الدائن حتى فى حالات انتفاء خطئه الشخصى . لأنه يكون فى هذه الحالة جانباً للفائدة التى تعود عليه من التعهد ، فعليه أن يتحمل تبعة رجوعه إلى الغير .

(١) بيكيه ص ٢٦٤ و Ennecerus مشار إليه فى بازولا ص ٣٠ .

فهو حينما يستفيد من النشاط المشروع لتابعيه ، يجب عليه طبقاً للموازنة التعاقدية ، أن يتحمل النتائج الضارة من نشاط هؤلاء .

ويعترض « بازولا » على هذه النظرية بنفس الاعتراض الذى اعترض به « بيكيه » من أنه فى كثير من الأحيان لا يكون الرجوع إلى الغير لتنفيذ الالتزام إلا لمصلحة الدائن وحده ، أو على الأقل لمصلحة الدائن والمدين جميعاً لأجل كمال المقدرة على تنفيذ الالتزام ، ويضرب لذلك المثل الذى أورده « Brodmann » فى حالة ما إذا قطع مشاهد فى مسرح تذكرة للاستمتاع بحفلة موسيقية أو عرض مسرحى ، فإن القائمين على الإدارة فى العزف والتسجيل ليعملون فى مصلحة الدائن والمدين^(١).

وعندى أن هذه النظرية ، كما يقول بعض الفقهاء أيضاً ، لا تفسر مبدأ رجوع المدين على التابع عند إخلاله فى تنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتق الأول . فلو أن الأمر كان كما يدعى أنصار نظرية تحمل التبعة لوجب أن يتحمل المدين النتائج الضارة نهائياً سواء قد استفاد نهائياً من أفعال التابعين أم لم يستفد شيئاً .

ثم أنه قد توجد أحوال أخرى لا نجد فيها تحقيق فكرة تحمل التبعة . وأن المشكلة كما يقول « بازولا » أوسع من ذلك إذ تشمل حالات أكثر مما من تلك التى تظهر فيها فكرة « المشروع » وتجنيد التابع لجنى الأرباح وتحمل الخسائر ، وهى تثور فى الحقيقة فى جميع الأحوال ضد كل مدين بالالتزام بغير منفذ بفعل تابعة^(٢) أو بفعل غيرهم ممن يسأل عنه .

(١) عرض النظرية ونقدتها فى بازولا ص ٣٢

(٢) بازولا ص ٣٣

المبحث الثاني

نظرية قسط التأمين

theorie de la prime d'assurance

يعتقد "Ubbelhide" أن مسؤولية المدين عن أفعال تابعيه ينبغي أن تؤسس على أساس مقابل التأمين . ويشرح ذلك بالقول : أن المدين إذا ما أراد أن يحمي نفسه من تحمل أخطار أفعال تابعيه فما عليه إلا أن يضيف في كل مرة ينتج فيهما سلعة من السلع إلى الثمن مبلغا يغطي الخطر الذي قد يتحملة من جراء أفعال هؤلاء . ويذهب هذا الفقيه إلى أنه قد يكون الصواب في حالات الإنتاج الكبير أن يؤمن المدين بصورة ، كافية وبمبلغ محسوب على أساس معقول من الإحصاء العلمي ما قد ينجم عن تلك المخاطر (١) .

ويرد على هذه النظرية أنه بالنسبة للمشروعات الصغيرة قد يكون هذا الحساب مستحيلا فقد تأتي بنتائج ضارة كافية لأن تطيح بالمشروع وتمتص المبلغ الكامل للأقساط وهذا ما يؤدي إلى تهافت هذه النظرية كما يرى ذلك بحق "Enneccrus" .

كما يرد عليها بأن مذهب "abbelhide" ليظهر كأنه تفسير لهذه المسؤولية وليس تبريراً لها ، وأنه قد يؤدي إلى القول بالمسؤولية عن الضرر دون حاجة إلى تقدير ركن الخطأ (٢) .

الفرع الثالث

نظرية الالتزام بنتيجة وفروعها

قال بهذه النظرية فقهاء متعددون منهم Puchata و Burharchi Leonhard ، (٣) وأيدتها المحكمة الامبراطورية الألمانية العليا والمحكمة التجارية العليا (٤) .

(١) بازولا ص ٣٤

(٢) بازولا ص ٣٠ .

(٣) سآورك ص ٣٥ وما بعدها .

(٤) الأحكام مشار إليها في بازولا ص ٢٣ .

ويقول Leonhard في تقريره المرفوع إلى المؤتمر السابع عشر للفقهاء الألمان ، أنه بحسب مسؤولية الـ *Conductor operis* عن أفعال تابعيه إن رب العمل لا يتعهد ببذل نشاطه الشخصى فحسب ، وإنما يتعهد بتحقيق النتيجة المطلوبة من هذا النشاط .

ويحاول أصحاب هذه النظرية أن يعمموا الحكم الذى ورد فى هذه الحالة ويطلقوه فى جميع أنواع الالتزامات وحيث تقوم أى مشكلة من المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

ويقول بازولا فى نقد هذه النظرية : لو تركنا جانباً ما ننعى به على هذه النظرية من خطأ فى لجؤها إلى المصادر التى استقت منها أساسها . فإننا لنأخذ عليها أنه يجب بحسب منطقها ألا يسأل المتعهد عن أفعال التابع فحسب ، بل يجب أن يسأل كذلك عن جميع أحوال القوة القاهرة التى قد تمنع من إحداث النتيجة المطلوبة .

ونحن لا نزيد هنا شيئاً فى قدح هذه النظرية ، ويكفى أننا قد استوفيناها نقداً فى الفصل السابق .

ألا إنه فيما يظهر أن بعض الشراح حاول أن يصوغ نظريات أخرى تحتفى تحت ستار آخر ، ولكنها تتهجه جميعها فى النهاية إلى هذه النظرية ، وسنعالج أهم هذه النظريات فيما يلى :

المبحث الأول

نظرية «Ennecerus» فى التعهد المجرد «obligatio abstracto»

يقول هذا الفقيه : إن المدين لا يعد بتحقيق نتيجة نهائية موضوعية . وإنما يعد بتحقيق شخصى مجرد وغير محدد لهذه النتيجة .

فلم تعد النتيجة هى محل الالتزام الذى يلتزم به المدين . وإنما محل الالتزام هو جمع العناصر الضرورية لتنفيذها وتحقيقها بواسطته هو أو بواسطة غيره . ومن هذا الالتزام المنحصر بجمع العناصر الضرورية لتحقيق النتيجة ينبثق

الضمان الذى يلقي عليه عبئه لصالح الدائن لى يجمع تلك العناصر الضرورية للتنفيذ سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة تابعيه .

ويقول «Enneccerus» إنه إذا كان إصلاح التعهد «obligatio» إنما يعنى «أن المدين يسأل عن تحقيق مصلحة الدائن الخاصة المتعلقة بهذا الالتزام ، فإن المدين لا يسأل فقط عن فعله الشخصى وإنما عن فعل الغير أيضاً . وإذا كان المدين ملتزماً بالتعهد فإنه يلزم ببذل عناية لتحقيقه ، وإذا كان ملتزماً بأن يحقق الالتزام بواسطة الغير بدلا عنه ، فإنه يلزم بأن يبذل التابع هذه العناية أيضاً^(١) . على أن سأورك يذهب فى انتقاد هذه النظرية إلى القول بأن من الملاحظ أن تعهدات المدين بالوفاء بالترامه لا ينتج عنها ضمان فعل الغير . وأن المدين إذا ما تعهد بتنفيذ الالتزام فقد لا يكون مخطئاً إذا ما استعان بالغير فى تنفيذه^(٢) . وإذا كان لى الحق فى أن أعلق على هذا الرد فأقول : أن القانون عندما ينص على ذلك الضمان يصبح الأمر مفهوماً وواضحاً ، ويظهر أن «سأورك» قد تأثر فى رده بالقانون الفرنسى الذى لا يحتوى على النص العام فى المسؤولية عن فعل الغير ، ولم يلحظ فى الرد أنه ينقد فقيهاً يتكلم عن القانون الألمانى .

وإذا كان لى الحق كذلك فى أن أعقب على رأى الأستاذ «Énneccerus» فأقول : بأنه إذا كان قد قصد من رأيه هذا إلى أن المدين ضامن لأفعال تابعة ضماناً قانونياً على الوجه الذى يعرف به اصطلاح الضمان فى الفقه القانونى فهو محق ومصيب .

المبحث الثانى

نظرية الالتزام النوعى أو القوة الفنية للعمل

l'obligation générique ou la force technique du travail

بحسب هذه النظرية التى قال بها «Weithmeir» توجد جملة من العقود التى يجوز فيها للمدين أن يلجأ إلى الغير لتنفيذ الالتزامات التى تعهد بها . ولا يهتم

(١) سأورك ص ٦٩ وبازولا ص ٢٧ .

(٢) سأورك ص ٦٩ .

الدائن في أمثال هذه العقود مثل هذا اللجوء إلى الغير للتنفيذ. بل أن كل ما يميزه الدائن هو أن ينفذ الالتزام أو أن يتم بحسب قوة فنية للعمل . uue force techenique du travail

وقوة العمل الفنية هذه إنما تتحدد تحديداً وصفيًا qualitativement بحيث يجب أن يكون لها بعض الصلاحية "aptitude" أى القدرة على تنفيذ الالتزام . وتتحدد تحديداً نوعياً génériquement بحيث يجب على المدين ، ككل مدين آخر ملتزم بتقديم شيء محدد بنوعه "de gere" ، أن يقدم الشيء المطلوب منه من نوع متوسط .

فلو أن تابع المدين هو الذى قام بدل هذا الأخير بتنفيذ الالتزام على صورة خطأ . يحصل أن النوع المطلوب فى التنفيذ لم يقدم ، إذ أن خاصية أو قدرة العمل الفنية ، la caractéristique du pouvoir de travail ^(١) تحتم أن يقوم هذا التابع بعمله بعناية . وعلى هذا تقوم مسؤولية المدين .

و « ساروك » ، ينتقد هذا رأى أيضاً من حيث عدم واقعيته فيقول أن المدين لا يتعهد فى هذه المرة بتحقيق قوة فنية فى العمل ، بل أن ما يتعهد به المدين هو أن ينفذ الالتزام . وليس يهم الدائن أن تكون القوة الفنية للعمل هى من تقديم المدين أو من تقديم غيره ممن يساعدونه فى التنفيذ . ويزعم « ساروك » ، أن الفكرة فى التعهد بتقديم القوة الفنية للعمل ليست إلا خيالاً محضاً ^(٢) .

وما قلناه نحن بصدد النظريات التى تقتصر على حالات دون أخرى من أحوال المسؤولية العقدية عن فعل الغير يمكن أن يرد به على هذه النظرية أيضاً . ويرى بعض الشراح « كبازولا » ، و « بيكيه » ، أن هذه النظرية تقود إلى نظرية الضمان الضمنى ^(٣) وحينئذ لا يكون فيها من عيب سوى أنها لا تقول بأن هذا الضمان هو الضمان القانونى الذى يفرض على المدين بقوة القانون .

(١) راجع فى شرح هذه النظرية بازولا ص ٢٤

(٢) ص ٧٠

(٣) بازولا ، ص ٢٥ : وبيكيه ص ٢٨٠ .

الفرع الرابع

نظرية سالى « Saleille » فى الضمان الضمنى

يذهب « سالى » إلى أن أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الألمانى هو الضمان الضمنى الذى يتحمله المتعاقد عن أفعال تابعيه (١).

على أن وجه العيب فى هذه النظرية — كما بينا ذلك سابقا — يقوم فى أنها تصور وجود هذا الضمان فى جميع الأحوال . وهذا قد لا يتحقق فى كافة الظروف وعلى وجه الإطلاق . صحيح أنه يمكن ، باستنباط نية المتعاقدين الحقيقية ، الكشف عن هذا الضمان فى بعض الأحيان ولكن الافتراض بوجوده على الإطلاق فى كل تعهد قول يصعب الأخذ به . وهذا هو بالضبط ما حدا بالقوانين الحديثة على النص عليه وبفرض هذا الضمان بنص قانونى .

الفرع الخامس

الخاتمة فى بيان الأساس السليم فى التشريعات التى جاءت بنص عام

على أنه فى الواقع لا محل للقول بأن الضمان الذى ألقى على عاتق المدين هو ضمان ضمنى تعاقدى إزاء نصوص القانون الصريحة التى تفرض هذا الضمان على كل مدين عن أفعال غيره ممن يسأل عنه .

لقد أصبح من الميسور أمام قيام نص عام يحكم المسؤولية العقدية عن فعل الغير القول بأن المشرع نفسه رأى ، لاعتبارات المصلحة العامة وتحقيقا لما تقتضيه العدالة وضرورات التوازن الاقتصادى فى العقود ، أن يفرض على المدين ضمان أفعال طائفة من الأشخاص الذين وجدوا تحت ظروف معينة فى علاقة معينة معه .

وعندنا أن هذا الأساس يستقيم على النقد من كل وجه ويخرج من كل معاركة سالما صحيحا . وقد حاول كثير من الفقهاء الاقتراب منه ولكن التوفيق

(١) سالى : النظرية العامة فى المشروع الألمانى المرجع المشار إليه ص ١٦

لم يحالفهم فقصروا عن إدراكه أو القول به . من هؤلاء الفقهاء ، القائلين بنظرية تحمل التبعة ، ومنهم القائلين بالضمان الضمنى التعاقدى . ومنهم أصحاب القول بالالتزام بمتيجة وكل الذين قالوا بأن الأساس لا يقوم ، فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، على خطأ المدين أو على أساس النيابة .

وقد وجه Edmond, Bertrand النقد على أساس الضمان القانونى فقال عنه أنه أساس اقتصادى وليس يصلح أساساً قانونياً^(١) وهو يقول أنه لا يحل مشكلة الأساس القانونى . إذ يبقى التساؤل قائماً ولماذا فرض المشرع هذا الضمان عن أفعال الغير ؟ لماذا فرض المشرع الضمان على المتبوع وأجبره على أن يضمن أفعال الغير من غير أن يقع هو نفسه فى الخطأ ؟

على أن من السهولة بمكان أن يبادر المرء إلى الجواب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان من الصواب أن أساس الضمان يمكن أن يكون أساساً اجتماعياً واقتصادياً فإن هذا لا يقدح كذلك فى أن يكون أساساً قانونياً عندما ينقذ فى عقل المشرع أن يفرضه للأسباب المارة الذكر . وبذلك يسقط الشق الأول من الاعتراض .

على أن الشق الثانى ليبدا أ كثر تهافتاً من الأول فإن الرد بسيط على التساؤل الذى تسامل به ادمون برندان E. Bertrand .

أن المشرع قد فرض هذا الضمان القانونى لأسباب عادلة ارتآها ، وقصد إليها لتحقيق أسباب التوازن الاقتصادى فى العقد ، ولأن المدين قد ينتفع فى بعض الأحيان من نشاط تابعه ، فيلزمه القانون أن يتحمل المخاطر أو النتائج الضارة من أفعال هذا الأخير . وهكذا يستقيم هذا الأساس فى تبيان حقيقة الدوافع التى دفعت المشرعين فى البلاد المختلفة التى أخذت فى تسريعاتها المدنية^(٢) النص العام الذى ورد فى القانون الألمانى بالمادة (٢٧٨) منه .

(١) E Bertrad المرجع المشار إليه ص ١٦٩ .

(٢) الظاهر أن بازولا فى رسالته التى أسفنا الإشارة إليها مرارا يذهب إلى نفس الرأى وأن لم يصرح بذلك فهو يقول أن القانون يفرض هذه المسئولية على المدين لاعتبارات تتعلق بالعدالة ، على أن هذه الاعتبارات فى هذه المسئولية لا تصل بها — بحكم القانون — إلى مجرد مسئولية مادية موضوعية ، ص ٤٠ .

ونستطيع أن نختم الكلام بما قاله «بيكيه» ، في هذا الصدد «الحقيقة أن القانون والقانون وحده هو الذى يفرض على المدين ضمان أفعال الغير أراد المدين أم لم يرد ، وإذا كان من الممكن للمرء أن يتحدث عن الضمان فإن هذا الضمان ليس إلزاماً قانونياً ، (١) .

ونستطيع الآن أن نقرر باطمئنان تام أن الأساس الذى يقوم عليه المسؤولية العقدية عن فعل الغير فى القانون المصرى والقانون العراقى أيضاً هو ذلك الضمان الذى يفرضه المشرع على كل مدين يتسبب فى استحالة تنفيذ التزاماته خطأ الأشخاص الذين ربطته معهم علاقة معينة ، وذلك فى الحدود التى يلتزم هو فيها بتحقيق تلك الالتزامات .

الباب الثالث

العلاقة بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير

والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير

لا مرأى في أن بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير ومقابلتها المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير رابطة قوية مشتركة من حيث الطبيعة أولاً ، ومن حيث الأساس الذى يقوم عليه كل من هذين الوضعين من أوضاع المسؤولية ثانياً . وذلك على الأقل في فقه كل من القانون المصرى والفرنسى .

فمن حيث طبيعة المسؤولية قد اتضح ، من خلال دراسة مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، أن هذه المسؤولية لا تقوم على أساس من الخطأ الشخصى بل إن هذه المسؤولية عن فعل الغير — إذا صح تسمية هذا الوضع بالمسؤولية — تقوم على أساس ضمان المدين لأفعال غيره ممن يسأل عنهم . وعلى هذا رأى الغالب والراجح من الفقه والقضاء ^(١) .

والراجح كذلك أن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير لا تقوم على أساس خطأ المسئول . وإذا كان قسم من الفقهاء يحاول التخلص من هذا القول بالذهاب إلى أن قرينة الخطأ فى الرقابة أو فى الاختيار قرينة قاطعة غير قابلة للإثبات العكسي ^(٢) فإن هذا لا يغير من واقع الأمر شيئاً . فسواء قلنا بعدم اشتراط الخطأ أم قلنا إن قرينة الخطأ قرينة قاطعة ، فالنتيجة هى فى عدم تطلب إثبات

(١) قارن مارى دى فور رسالة باريس ١٩٣٧ المرجع السالف الذكر ص ١٤٦ وسليمان مرقص رسالة القاهرة ص ٤١٤ ونقض فرنسى عرائض فى ١٩٢٢/١/٢٥ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٧١ ونقض مدنى فى ١٩٤٧/١٢/١٣ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٩٩ ، وفى الفقه الألمانى راجع سالى : النظرية العامة للالتزام فى مشروع القانون الألمانى ص ٤٣٠ وما بعدها .
(٢) راجع آراء هؤلاء الفراح فى مذكرات عن الفعل الضار للدكتور سليمان مرقص المطبوعة بالجمعية ببولاق القاهرة ١٩٤٨ ص ٩٧ وما بعدها

خطأ المسئول لقيام مسئوليته من ناحية ، وعدم استطاعته نفيه المسئولية عن نفسه بنفى ارتكابه أى فعل يمكن أن ينسب إليه به أيما خطأ من ناحية أخرى .
أما من جهة الأساس القانونى فسنرى فيما بعد أنه لا يمكن القول بتعدد المسئولية لكل من وضعى المسئولية عن فعل الغير فى كل من القانونين المصرى والفرنسى . وسنرى كيف أن المسئولية التقصيرية عن فعل الغير تقوم فى أساسها القانونى على نفس الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن مثل الغير .
على أن هذا لا يعنى وجوب القول بإدماج هذين الوضعين من أوضاع المسئولية فى وضع واحد ، ذلك أنه لا تزال هناك فروقا دقيقة تفصل بينهما من الناحية العملية على الأقل^(١) .

وقد رأينا خلال دراستنا لتطور مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، إن الفقه والقضاء فى فرنسا وفى سويسرا كثيراً ما كان يميل إلى الخلط بين المسئوليتين ، وإلى تطبيق أحكام المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى على المسئولية العقدية عن فعل الغير . ويرجع السبب فى هذا إلى شيوع نظرية وحدة الخطأ التى أقامت المساواة بين الوضعين من أوضاع المسئولية .

أما فيما يتعلق بالقانون الألمانى والقانون السويسرى فقد استحدثت فيهما ، بالإضافة إلى الفروق العملية ، فروق رئيسة أصيلة ، فلقد عالج المشرع الألمانى والمشرع السويسرى وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير على وضعه المعروف من عدم تطلب الخطأ الشخصى لقيام المسئولية ، فإذا أتينا ناحية المسئولية الأخرى رأينا المشرع الألمانى فى المادة (٨٣١) من القانون الألمانى والمشرع السويسرى فى المادة (٥٥) من قانون الالتزامات السويسرى يشترطان قيام ركن الخطأ الشخصى لقيام المسئولية التقصيرية عن فعل الغير . وبذلك يمكن أن نقرر أن هذا الوضع من أوضاع المسئولية عن فعل الغير قد أعيد إلى وضعه الطبيعى فى المسئولية عن الفعل الشخصى .

(١) راجع فى المزايا العملية للتمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية والتقصيرية ما زو ج ١ ص ١١٦ نبذة (١٠١) وستيفانى : مذكرة فى مبدأ الحيرة بين المسئولين القاهرة ١٩٤٨ ص ٤ وما بعدها .

فالنظر للاختلافات العلمية وإلى هذا الوضع الجديد وإلى الملابس التي تشيرها العلاقة بين المسؤولين فيما يتعلق بنظرية الخيرة ، وفيما يتعلق بشروط الاعفاء . فسنتكلم عن العلاقة بين المسئوليتين في فصول ثلاث :

١ - الفصل الأول في : أثر الخلاف في نظريات وحدة الخطأ وتعدد الخطأ على المسئوليتين .

٢ - الفصل الثاني في : نظرية الخيرة بين المسئوليتين وأثره على المسئولية عن فعل الغير .

٣ - الفصل الثالث في : شروط الإعفاء من المسئولية وعلاقته بكلتا الحالتين من حالات المسئولية عن فعل الغير .

الفصل الأول

أثر الخلاف في نظريات وحدة الخطأ

وتعدده على المسؤولية عن فعل الغير

لعل من المعلوم لكافة المشتغلين في فقه القانون المدنى أن النظرية التقليدية في المسؤولية كانت تذهب إلى أنه يوجد نوعان أصيلان من أنواع المسؤولية : المسؤولية العقدية من جهة والمسؤولية التقصيرية من جهة أخرى . وأن كلا من هذين الوضعين من أوضاع المسؤولية يتميز بفوارق أساسية رئيسة .

فالمسؤولية العقدية وقد جاءت في فصل خاص بها في القانون المدنى عبارة عن أثر للعقد بين الطرفين المتعاقدين ، وهى بهذا وضع ينظم علاقات الأفراد الخاصة . أما المسؤولية التقصيرية فهى عبارة عن مصدر رئيس من مصادر الالتزام يصدر عن القانون العام ، وهى إذن بهذا الوضع من النظام العام . فالخطأ التعاقدى إذا كان هو الإخلال بالمصالح الفردية للأطراف المتعاقدة ، فالخطأ التقصيرى هو الإخلال بالواجب القانونى الذى يفرضه النظام العام على كل فرد . ولقد أراد الفقه التقليدى أن يباعد بهذا بين أحكام كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بصورة مطلقة من الناحية النظرية بالإضافة إلى الفوارق العملية التى تفصل هاتين المسؤولتين . حتى لقد ذهب « saintelette » ، إلى إطلاق اصطلاح « الضمان » ، « la garantie » ، على المسؤولية العقدية وإلى أن يقتصر فى إطلاق كلمة « المسؤولية » على وضع المسؤولية التقصيرية (١) .

وكان من أفرات النظرية فى الفصل بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية إن قامت نظرية مقابلة تفرط فى الفصل وتنتقد النظرية التقليدية انتقادا شديدا . وقد ذهب أنصار النظرية الثانية : نظرية وحدة الخطأ ووحدة

(١) رسالة فى المسؤولية والضمان بروكسل ١٨٨٤ ص ١٠ وما بعدها

المسئولية إلى القول بأن ليس هنالاً إلا نوعاً واحداً هو المسئولية التقصيرية . وقد وصل الأمر عند ليفيفر ،^(١) إلى القول بأن الخطأ وحده هو الذى ينشئ المسئولية . وأن الخطأ والمسئولية اصطلاحان لا ينفصلان . وأن المسئولية العقدية عبارة عن اصطلاح معيب ناتج عن صيغة خاطئة فى اللغة ! وأن المسئولية الحقيقية هى المسئولية التقصيرية . وهو يقول : أن وجود العقد لا يمكن أن يغير من طبيعة هذه المسئولية فى شىء ولا يمكن أن يخلق مسئولية خاصة . وأن نظرية المسئولية كلها قد أقيمت على المادة (١٣٨٢) من القانون المدنى الفرنسى . وقد أيد هذه النظرية فقهاء آخرون لبني عمانوئيل^(٢) وجرانمولان^(٣) . على أن هذه النظرية سرعان ما لحقها النقد من كل جانب . كما أن النظرية التقليدية لم تسلم بدورها من النقد أيضاً .

وكما قيل فى نظرية وحدة المسئولية من أنها نظرية خاطئة لأنها تقوم على غير أساس سليم . فبالإضافة إلى وجود اختلافات عملية بين المسئوليتين من حيث الاختصاص بنظر دعاوى المسئولية ومن حيث صحة اشتراط الإعفاء ومن حيث تقدير التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة ، فإن فى وجود العقد الذى لولاه لما لحق الضرر بالطرف الآخر المتعاقد ، ما كان ليحمل إلا على تطبيق قواعد مغايرة فى المسئولية العقدية عن تلك التى يمكن تطبيقها فى المسئولية التقصيرية .

وكذلك يذهب أغلب الفقه الحديث والراجح منه إلى الرد على النظرية التقليدية أيضاً فى تقريرها وجود اختلاف جوهرى فى نفس طبيعة كلتا المسئوليتين . ويقول الفقه الحديث أن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لتقومان على أساس واحد هو الخطأ ، وأركانها أركان مشتركة هى : الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر . وما من سبب أبداً يدعو إلى تمييز طبيعة إحدى المسئوليتين عن المسئولية الأخرى .

(١) المجلة الانتقادية ١٨٨٦ ص ٤٨٥

(٢) المجلة الانتقادية ١٨٩٩ ص ٢٧٩ وما بعدها عمانوئيل لبني

(٣) جرعولان رسالة رين ١٨٩٢ ص ٤ وما بعدها .

على أن هذا لا يقدر — كما قلنا — في وجود فروق عملية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . فروق فنية كما يدعوها بلانيول وريبير^(١) . أو فروق تبعية كما يسميها الأستاذان «مازو»^(٢) .

وإلى هذا الرأي يذهب معظم فقهاء العصر الحديث : جوسران ، بيكيه ، لالو ، ورينو ، وديموج ، وسالي ، وفي مصر السنهوري ، وسليمان مرقص ، وغيرهم .

على أن نظرية وحدة المسؤولية لم تذهب دون أن تخلف أثراً ، وأثرأ سيئاً كما يقول «بران»^(٣) . وإذا كانت هذه النظرية قد أخفقت في السيطرة على أحكام القضاء ، فإنها على الرغم من ذلك قد أثرت على بعض أحكام المحاكم في بعض الأحوال . إذ قد تأثرت بعض هذه الأحكام بهامش المشابهات الموجودة بين كلا الوضعين من أوضاع المسؤولية والتي أظهرها أنصار وحدة المسؤولية . وترتب على ذلك أن نسبت تلك الأحكام المقياس الذي يحكم أساس التمييز . وتظهر حدة هذا القول وتنعكس بشدة على حالة المسؤولية العقدية عن فعل الغير بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عليها . وإذا كان القضاء الفرنسي قد أخذ في الاستقرار على الوضع الصحيح في التقسيم ، فإن القضاء البلجيكي ، مازال يخلط بين الوضعين من أوضاع المسؤولية ، ولا يهتم بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية ، ويلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية يستلهمها الحل^(٤) .

إن في التفرقة فيما بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وبين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير يظهر الفرق الأصيل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية^(٥) .

(١) بلانيول وريبير وبولانجيح ج ٤ ص ٣١٧ نبذة ٦٢

(٢) مازو : المرجع السالف الذكر ج ١ ص ١١٦ نبذة ١٠١

(٣) بران : المرجع السالف الذكر ص ١١٤

(٤) من القضاء الفرنسي الذي طبق المسؤولية التقصيرية على حالات المسؤولية العقدية نقض عرائض ١٩٠٧/١/١ سبتمبر ١٩٠٧-١-٤٩ والذي أخذ بالتقسيم الواجب نقض ١٩٣٨/٣/٢٧ سبتمبر ١٩٢٨ - ١٩٣٨/٣/١ والقضاء البلجيكي راجع فان رين ص ٢٢٨

(٥) وفي مصر قررت محكمة النقض وأكدت أن الفصل واجب بين الوضعين راجع حكمها المشار إليه في هامش ص ٨ من الرسالة .

وإذا كان هذا التمييز لم يظهر أثره واضحاً في فرنسا بالنسبة للوضع الخاص بالمادة (١٣٨٤) وفي مصر بالنسبة للمادة (٢١٢/١٥٢) من القانون القديم ، أو بالنسبة للوضع الحالي للمادة (١٧٤) من القانون المدنى الجديد . وفيما يتعلق بأوجه المشابهة بين هذه المواد ، وبين وضع المسؤولية العقدية عن فعل الغير من حيث عدم إمكان التخلص من المسؤولية بإثبات أن المتبوع لم يخطئ ، وعلى الحاليين بعدم استطاعة المسؤول التخلص من المسؤولية بنفى الخطأ عن نفسه ، فإن الأمر على العكس من ذلك فيما يخص القانونين الألماني والسويسرى كما يظهر من المادتين (٨٣١ ، ٥٥) على التوالى .

إن المادة (٨٣١) من القانون الألماني والمادة (٥٥) في قانون الالتزامات السويسرى تنصان على جواز التخلص من عبء المسؤولية بإثبات أن المتبوع لم يخطئ في اختيار أو مراقبة التابع في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، وعلى العكس من ذلك فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير إذ أن نص المادة (٢٧٨) من القانون الألماني ونص المادة (١٠١) من القانون السويسرى لا يسمحان للمدين بإثبات عدم ارتكابه للخطأ كشرط لعدم مسؤوليته .

على أن الفرق بين المسؤوليتين عن فعل الغير ليظهر واضحاً في جميع التشريعات وفي كل البلدان : في فرنسا وفي مصر وفي ألمانيا وسويسرا على حد سواء فيما يتعلق بدائرة الأشخاص الذين يمكن أن يسأل المدين عنهم . ويجمع الفقه والقضاء على أن هذه الدائرة ، أوسع في الحالة الأولى أى في حالة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، منها في الحالة الثانية التى هى حالة المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير^(١) .

وعلى العموم فإن أوجه الاختلاف من الناحية التطبيقية في القواعد والأحكام بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، لا يمكن أن يودى إلى الاختلاف في الأساس القانونى لكل من المسؤوليتين . تماماً كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية

(١) حتى أن « فان رين » الذى يدافع عن مسلك القضاء البلجيكى في تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية (م ١٣٨٤) المسؤولية العقدية عن فعل الغير يحار في مشكلة دائرة الأشخاص ومداهما في الحالتين - المرجع السالف الذكر ص ٤٣ - ٤٤

عن الفعل الشخصى . فإذا كان الأساس فى هذه الحالة الأخيرة هو الخطأ الشخصى
فما هو الأساس الذى تقوم عليه المسؤولية عن فعل الغير جميعاً ؟

لقد بان لنا عند دراستنا الأساس القانونى لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل
الغير أن أساس الخطأ : الخطأ فى الرقابة أو الخطأ فى الاختيار والذى قدمه
بعض الشراح لا يصلح أساساً جدياً للمسؤولية عن فعل الغير .

إن هذا الأساس التقليدى قد اتضح تماثله بالاعتراض بأنه يلزم من القول
به أن القرينة التى قيل بها قد تقبل الإسقاط أمام الدليل العكسى من جانب
المدين أو المسئول ، فى حين أن هذا لم يكن مسموحاً به على الإطلاق . وإذا قيل
بأن القرينة القانونية التى وردت فى بيان أساس المسؤولية عن فعل الغير هى
قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فإن الرديمى أن يدحض بأن هذا
لا معنى له بتاتا ، ولا يزيد عن أن يكون لعباً أو تلاعباً بالألفاظ . وإلا ما هى
هذه القرينة التى لا تقبل إسقاطاً وما الفرق بين هذا القول والقول بعدم اشتراط
الخطأ كأساس للمسؤولية ؟ (١) .

وقد أوردنا فيما سلف رأى الأستاذين « مازو » ، فى تأسيس المسؤولية عن
فعل الغير على مبدأ النيابة . وقد أوردنا الأدلة فيما سبق أيضاً على عدم صلاحية
مبدأ النيابة كأساس للمسؤولية عن فعل الغير .

ولا يعيب مبدأ تحمل التبعة كأساس للمسؤولية عن فعل الغير سوى أنه
لا يستقيم فى جميع الأحوال ، وأنه لم يؤخذ به على إطلاقه كقاعدة عامة فى
القانونين المصرى والفرنسى . هذا بالإضافة إلى الاعتراض الذى يثيره « مازو » ،
من عدم استطاعة نظرية تحمل التبعة تبرير اشتراط خطأ التابع لقيام مسؤولية
المدين والمتبوع ، كما أن هذه النظرية لا تفسر حق الرجوع الذى أعطى للمسئول
قبل فاعل الضرر (٢) .

(١) يظهر أن هذا القول أكثر وضوحاً فيما يتعلق بكل من القانونين الفرنسى والمصرى حيث
يتعد الحكم فيما يتعلق بعدم القدرة على التخلص من المسؤولية طبقاً للمادة ١٣٨٤ فرنسى والمادة ١٧٤
مصرى جديد وسنعالج مسلك المشرع الألمانى والمشرع السويسرى فيما يلى .
(٢) مازو : المرجع السالف الذكر ج ٢ نبذة ٩٣٣ ص ٩٤٨ وقارن سليمان مرقص الفعل الضار
ص ١٤٦ وما بعدها .

ومن هنا يبقى الأساس السليم وحده في الميدان إلا وهو « الضمان » الذي تقوم عليه المسؤولية عن فعل الغير : في علاقة بين شخصين يضمن القانون لإحدهما ، لاعتبارات العدالة وتحقيقاً للتوازن الاقتصادي في العلاقات القانونية ، أن يحصل على حق له قبل فاعل الضرر من شخص آخر تربطه مع المتضرر علاقة قانونية وتربطه مع فاعل الضرر أية علاقة أخرى . وقد ذهب « دوما » من قبل إلى القول بهذا الأساس أساساً للمسؤولية عن فعل الغير ، ويزعم أنه الأساس الذي أخذ به القانون الروماني نفسه ^(١).

أما المشرع الألماني ، وتبعه في ذلك المشرع السويسري ومشرع قانون الالتزامات البولوني ، وطبقا للضرورات الاقتصادية والظروف المتعلقة بحالة كل تشريع في بلد بعينه ، فقد ذهب إلى فصل الأساس القانوني لكل من المسؤولية العقدية عن فعل الغير والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، إذ بينما يحافظ على « الضمان » كأساس للمسؤولية العقدية عن فعل الغير يرجع إلى أساس الخطأ الشخصي بالنسبة للمسؤولية التقصيرية وهذا هو صريح نصوص المواد (٨٣١) من القانون الألماني والمادة (٥٥) من القانون السويسري والمادة (١٤٤) من قانون الالتزامات البولوني وحيث أجاز المشرع البولوني للمتبوع أن ينفي المسؤولية عن نفسه ببيان أنه قد أحسن اختيار تابعه .

الفصل الثاني

نظرية الخيرة وأثرها على المسؤولية عن فعل الغير

تلعب مشكلة «الخيرة» دوراً هاماً جداً في فقه القانون المدني . وقد اختلف رأى الفقه والقضاء في . هل يجوز للدائن أن يتجاوز قواعد المسؤولية العقدية إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لو آانس في هذه القواعد الأخيرة نفعاً يزيد عن ذلك الذى يحصل عليه لو التجأ إلى قواعد المسؤولية العقدية . ومن يراجع آراء الشراح وقضاء المحاكم ليجد اختلافاً واضحاً بهذا الخصوص في مختلف البلاد .

وقد انقسم الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر إلى رأيين : رأى يقول بجواز الخيرة بين هاتين المسؤوليتين ويستند في رأيه هذا إلى حجج ، ورأى آخر يعارض مبدأ جواز الخيرة ويشفع رأيه أيضاً بحجج أخرى ،

ولكن الظاهر أن الرأى الثانى هو الذى بدأ يأخذ في الرجحان منذ زمن في آراء الشراح وقضاء المحاكم في هذين البلدين كما سنوضح ذلك فيما يلي : على أن الأمر على العكس في كل من : بلجيكا ، وألمانيا ، وسويسرا ، مع ملاحظة أن القانون المدني البلجيكي هو القانون المدني الفرنسى بعينه . فقد ساد في هذه البلاد مبدأ جواز الخيرة .

وبالنظر إلى اختلاف الأحكام التى يرتبها كل من القانونين : الألمانى والسويسرى بمناسبة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، فسنكسر الكلام في ذلك على فرعين : الفرع الأول في بحث مشكلة الخيرة في القانون المصرى والفرنسى ، والفرع الثانى : في بحث المشكلة في القانون الألمانى والسويسرى .

الفرع الأول

وضع المشكلة في القانون المصري والقانون الفرنسي

لقد أثرتنا فيما سبق ، بصدد الكلام عن التفرقة بين المسؤولية العقدية ، وبين المسؤولية التقصيرية ، مشكلة أساس هذه التفرقة ، وقلنا : إنه بحسب الرأي السليم يكون الخطأ هو هذا الأساس في كل من هاتين المسئوليتين ، وذهبنا مع الراجح من الرأي إلى أن المسئوليتين تقومان على هذا الأساس الفريد . وأن المسئوليتين من ناحية طبيعتهما سواء . ثم ذهبنا إلى أن هذا لا يمنع من تعدد المسؤولية ، ولا يعنى وجوب مطابقة قواعد هاتين المسئوليتين واتحادهما على نحو ما ذهب إليه أنصار وحدة المسؤولية ، ذلك أنه لا تزال هناك فروقا فرعية تميز قواعد المسؤولية التقصيرية عن قواعد المسؤولية العقدية . وتبدو أهم هذه الفروق فيما يتعلق باختصاص المحاكم زماناً ومكاناً ، في رؤية دعوى المسؤولية ، وفيما يتعلق بمدى التعويض . وإذا لم يكن لمسألة التقادم والاختصاص من كبير أهمية من الناحية الفعلية ، فإن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بتقدير التعويض إذ لا نزاع في أن الدائن يفضل الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية إذا أراد أن يحصل على تعويض عن الأضرار المتوقعة التي يسأل عنها فاعل الضرر تقصيراً ولا يسأل عنها إذا كانت مسئوليته مسئولية تعاقدية^(١) . وهذا يفرض أن فرص إثبات الضرر الذي أصاب الدائن أو المصاب واحدة في كلتي الحالتين . إذ لو أنه لو قام الدليل على أن هذا الإثبات عسير لانتفت الحكمة من الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية التي هي أشد عبأ في الإثبات على المصاب — كما هو معروف — من قواعد المسؤولية العقدية . ومن هنا تبدو فائدة المناقشة في جواز الخيرة بين المسئوليتين من عدمها بالنظر إلى الدائن .

(١) هذا يفرض إخراج الغش والخطأ الجسيم من هذا الحكم حديث تستوى في هاتين الحالتين .

قواعد المسئوليتين في تقدير التعويض .

ولقد قيل في تبرير جواز الخيرة واختيار الدائن للقواعد التي هي أجدى عليه من هاتين المسئوليتين^(١) أسباب نجم لها فيما يلي :

قيل أولاً : أن المسئولية التقصيرية هي المسئولية العامة وما المسئولية العقدية إلا عبارة عن مسئولية خاصة بوضع خاص هو وضع العقد . وأنه إذا قام العقد وتحققت المسئولية العقدية بمناسبة الإخلال بهذا العقد ، وكان الإخلال أيضاً وفي نفس الوقت عبارة عن خطأ تقصيري ، فإنه طبقاً للبدا العام يمكن الإلتجاء إلى قواعد المسئولية التقصيرية لأنها المسئولية الأصلية .

وينبني على هذا ثانياً أنه لا يمكن الاقتصار على تطبيق قواعد المسئولية العقدية في حالة الإخلال بالالتزام التعاقدى ونفى تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية فيه . ذلك لأنه لا القانون ولا العدالة يسمحان بهذا القول . لا نص في القانون أو لا يمنع من تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية ، ولا العدالة تقضى بهذا المنع ثانياً ، ذلك أن العقد يزيد من فرص حصول الأضرار للدائن فخرمانه من الرجوع إلى قواعد المسئولية التقصيرية فيه غبن كبير له .

وإذا صح — وهو كذلك — أن للمتعاقدين الحق أن يمنعا باتفاقهما تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية بالنسبة لأوضاع العقد الخاصة بين أطرافه ، فإنه إذا حصل وسكت المتعاقدان عن ذلك فإن الواجب يكون في إعطاء الدائن هذا الحق في الرجوع إلى قواعد المسئولية التقصيرية ، إذا رأى أن في ذلك مصلحة له دون قواعد المسئولية العقدية^(٢) .

ونرى ونحن نؤيد فيما نقول به ، أنصار عدم جواز الخيرة بين المسئولتين أن رأى الذي عرضناه أعلاه بجانب الصواب وذلك لأنه :

١ — أن كلا من المشرعين الفرنسي والمصري قد عالجوا قواعد المسئولية العقدية بصورة منفصلة عن قواعد المسئولية التقصيرية ، فخصص كل منهما فصلاً

(١) وهذا لا معنى بالطبع أن الدائن يستطيع الجمع بين القواعد التي تصلح له كلا المسئولتين ، وأما يراد به أنه إنما يرجع أما إلى قواعد المسئولية التقصيرية ويترك بذلك نهائياً قواعد المسئولية العقدية أو يلتزم بجميع قواعد المسئولية العقدية وهذا هو الذي يعنيه تماماً مبدأ الخبرة .

(٢) راجع « فان رين » المرجع السالف الذكر ص ١٠٩ وما بعدها .

لبحث قواعد المسؤولية العقدية وآخر لبحث قواعد المسؤولية التقصيرية . وأن إلقاء نظرة بسيطة على القانونين الفرنسي والمصرى تكفى لإثبات هذا القول . وإذا كانت هذه الحجة غير قاطعة الدلالة على أن المشرعين قصدا الفصل بين هاتين المسئوليتين فإن في الحجة التالية ما يمكن اعتباره قاطعاً في الدلالة على ذلك .

٢ — أن القول بأن قواعد المسؤولية التقصيرية هي قواعد المسؤولية الأصلية وأن قواعد المسؤولية العقدية هي قواعد مسئولية خاصة بوضع العقد قول لا أعرف له سنداً من منطق القانون ولا من نصوصه .

أن مصدر المسئولية كما قلنا — مصدر واحد هو الخطأ ولكن هذا لا يعنى وجوب اختلاط قواعد المسئوليتين لهذا السبب وحده . أن المشرع يقضى : أنه إذا تحقق الخطأ بمناسبة العقد قام الخطأ التعاقدى وترتب على قيامه قيام المسئولية العقدية ، وقامت آثار هذه المسئولية كما رتبها الشارع وقضى بها . وأنه إذا قام الخطأ التقصيرى بمناسبة الفعل الضار قامت المسئولية التقصيرية ، ونشأت آثارها بحكم الشارع أيضاً ، وعلى الوضع الذى رتب به الشارع هذه الآثار . ولذلك يكون من المنطق السليم أن تنشأ آثار كل من المسئوليتين مستقلة بعضها عن البعض الآخر .

هذا وأنه إذا أخذنا بقول أنصار مبدأ جواز الخبرة من أن للمسئولية العقدية صفة خاصة فإذا يعنى قولهم هذا إذا لم توجد قواعد خاصة تنطبق على هذه المسئولية الخاصة ؟ .

أليس فى القول بجواز الخبرة هدم لقواعد هذه المسئولية العقدية على النحو الذى يقول به هؤلاء ؟ وألا يودى هذا القول فى مبدأ جواز الخبرة إلى هدم التفرقة التى يجب أن تقوم بين المسئولتين ؟ .

وإذا أردنا أن نحتاط ونأخذ المسألة بمزيد من الدقة ينبغى لنا أن نلقى من الوضوح نوراً قد يكون كاشفاً لما فى هذه المسألة من عماء وغموض . وقد يودى بنا هذا إلى تقريب وجهتى النظر المختلفتين من الناحية العملية . إذا أدرك الباحث كيفية منشأ المسئولية العقدية والشروط الواجبة

لقيامها ، ومتى يمكن أن تطرد من النزاع فلا تطبق قواعدها ، أمكن أن يصدر الحكم فقها وقضاء خالصا مما يشوبه من اختلاط وخلف وإحالة .

تقوم المسؤولية العقدية عندما يرتكب أحد المتعاقدين خطأ ينشأ عن نفس عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى سواء أكان ذلك بعدم التنفيذ إطلاقا أم بسوء هذا التنفيذ . المهم إذن أنه إذا كان الضرر الذى قد يصيب أحد أطراف العقد ناتجا من نفس عدم التنفيذ أى من الإخلال بالالتزام تعاقدى صرف أمكن القول فى هذه الحالة فقط بقيام المسؤولية العقدية ^(١) . وإذن ففى كل الأحوال التى لا يكون الضرر فيها ناشئا من عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى لا يمكن القول بقيام المسؤولية العقدية .

فليس من الضرورى قيام المسؤولية العقدية فى كل الأحوال التى يوجد فيها عقد صحيح نافذ بين أطراف الدعوى . إذ لو كان الفعل الذى أدى إلى الضرر غير ذى علاقة على الإطلاق بالعقد فليس من المقبول ولا المعقول أن تثار مسألة المسؤولية العقدية .

وعلى الجملة فإن الدعوى العقدية يمكن أن ترفض فى كل الأحوال التى لا يوجد بين الفعل الذى أدى إلى الضرر وبين تنفيذ الالتزام إلابطة

(١) وقد أثبتت هذه المشكلة أمام القضاء الإيطالى فى قضية شهيرة ومعروفة بقضية Vatali el Alvisi خلاصتها أن دعوى تعويض رفعت من قبل ورثة السيدة "Alvisi" على الدكتور "Vatali" مدير مستشفى خاص حيث كانت هذه السيدة تعالج من مرض ضعف الأعصاب الحاد . وقد بنيت الدعوى على أساس أن الممرضة التى أقيمت خاصة لخدمة المريضة قد أهملت القيام بواجبها بتركها المريضة لوحدها وإلى جانبها شمعدا ناضبا فأمسكت المريضة به وأدى هذا إلى احتراقها . قررت المحكمة « بولون » حق المدعين فى التعويض عن الضرر المادى الذى أصابهم . وأمام محكمة استئناف بولون اجتهد المدير فى إثبات مسؤوليته العقدية لا التقصيرية فلم تأخذ المحكمة برأيه وقالت بجواز الخبرة . غير أن هذا الحكم قد نقض من قبل محكمة النقض الإيطالية فى ١٥/٤/١٩٠٩ على أساس أن فعلا واحدا (كما تقول المحكمة) يمكن أن يكون محلا لقيام المسئوليتين ، ولكن هذا الفعل لا يمكن أن يكون المسئولية التقصيرية إلا إذا كان الالتزام بالامتناع عن الإضرار بالغير قد فرض بقوة القانون ويوجد مستقلا عن كل علاقة أخرى مهما كانت . وكان يجب لتحقيق هذا فى هذه القضية أن توجد أفعال غير التى جاءت فى صلب الدعوى . ولما كانت هذه الوقائع المذكورة قد نشأت مخالفة للالتزامات تعاقدية صرفة فإن المحكمة قد قررت نقض الحكم (فان دين ص ٢٦١ و ٢٦٢ و ٢٦٣) .

مصادقة صرفة . أو عندما يكون عدم التنفيذ عند تحققه ليس إلا صدفة أو سبباً مناسباً أو ظرفاً — كما يقول الأصوليون — للضرر الذى حدث . فإذا ألقى عامل من عمال حفر نفق بإهمال سيجارة مشتعلة دون أن يطفئها جيداً وسيب بفعله هذا حريقاً ، فإنه ليبذو من الصعب أن يعطى لرب العمل قبل هذا العامل دعوى على أساس عقد العمل ذاته (١) .

إذا وضحت هذه الحقيقة طردنا من النزاع أحوالاً تختلط فيها الأوضاع القانونية بعضها ببعض ، وتبقى مواجهة المشكلة سهلة يسيرة . .

فإذا ما اجتمعت شروط المسئوليتين تماماً فى قضية بعينها فما هو الحكم ؟ هذا هو مشار الخلاف .

يذهب أنصار الخيرة إلى جوازها فيما عدا الأحوال الآتية :

١ — إذا كان الإخلال الذى سبب الضرر عبارة عن إخلال بالانزام تعاقدى صرف . فهنا ليس أمام الدائن سوى قواعد المسئولية العقدية .

٣ — إذا كان المتعاقدان قد أسقطا باتفاقهما الشروط الضرورية اللازمة لتطبيق قواعد المسئولية التقصيرية . فإذا اتفق المتعاقدان على أن تابع أحدهما يصبح تحت رقابة الآخر ويصير تابعاً له ، فلا يمكن للمتبوع الجديد إذا أصابه ضرر من فعل التابع أن يرجع على المتبوع الأول طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية بحجة أن التابع تابعه هو طالما أن المصاب أصبح بحكم العقد هو المتبوع الجديد للتابع (٢) .

٣ — ويقضى الاستثناء الثالث بأنه يمكن استبعاد تطبيق قواعد المسئولية

(١) راجع « فان رين » ص ٢٧١ وقد نازع فى النزاع فيما يتعلق بالأضرار التى تحصل بمناسبة العقد ، وذهب « ديوج » ص ٥٠ نبذة ١٢٤٣ ص ٥٥٠ إلى القول بقيام المسئولية العقدية ، وأيد رأيه بحجج عديدة ردت عليه جميعاً . وخلص رأى الراجح إلى أن الأحوال التى تسبب الضرر فى أثناء تنفيذ الالتزام التعاقدى ولا علاقة لها بهذا التنفيذ تعتبر أفعالاً تقصيرية . راجع فان رين المرجع المذكور أعلاه فى نفس الصفحة وراجع أيضاً ستيفانى : دروس فى المسئولية التقصيرية ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ٦١ . وفان رين : ص ٢٦٦ وما بعدها نبذة ٢٠٤ وما بعدها .

(٢) وقد حكمت بذلك محكمة النقض المصرية فقررت : أنه إذا كان الثابت بموجب عقد الإيجار أن المركب المؤجر تكون فى رعاية رجال المؤجر نفسه لا فى رعاية المستأجر وأن رجال المؤجر =

التقصيرية بين المتعاقدين وذلك حسب إرادتهما . إذ يمكن للطرفين المتعاقدين أن يسقطا أو يغيرا بإرادتهما قواعد المسؤولية التقصيرية التي لا تمس النظام العام . على أنه يشترط لصحة استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية أن تكون إرادة الطرفين قاطعة في ذلك . فلا يجوز افتراض استبعاد هذه القواعد . أن إرادة استبعاد قواعد المسؤولية لا يمكن أن تتحقق إلا من عدم التطابق الظاهر بين شروط العقد وبين تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية .

ويمكن أن يحصل استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بين المتعاقدين بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة . بواسطة نص صريح يمكن للمتعاقدين تجنب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية . وهذا الاتفاق صحيح ما لم يرمى إلى إعفاء أحد المتعاقدين من نتائج غشه أو خطئه الجسم أو إلى إسقاط التزاماته التي تتعلق بالنظام العام . ويمكن معرفة قبول استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية ضمناً من سلوك المصاب مثلاً بقبوله تحمل مخاطرة ما في العقد تكون لها نتائج تقصيرية .

ويمكن إسقاط تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بين المتعاقدين بصورة غير مباشرة وذلك فيما لو حدد المتعاقدان التزاماتهم تحديداً دقيقاً ، وبذلك تتحدد الالتزامات التقصيرية في نفس الوقت . فإذا ما اشترط البائع عدم تحميله لضمان الإستمحاق ، فإن هذا يعفيه من عبء المسؤولية العقدية والتقصيرية معاً . وإذا كان الوديع في الوديعة متبرعاً فإنه لا يسأل إلا بأن يبذل من العناية بالوديعة ما يبذله بأمواله الخاصة ، فإذا تسبب من إهماله السير هلاك الوديعة فإنه لا يسأل عنه لا على أساس المسؤولية العقدية ولا على أساس المسؤولية التقصيرية . كذلك يمكن استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية العقدية بصورة غير مباشرة بواسطة شروط الإعفاء فإذا اشترط الناقل عدم مسؤوليته عن التأخير فإن

== هم الذين عليهم دون المستأجر تنبيه المؤجر إلى ما يطرأ على المركب من خلل فهذا وحده يكفي لأن يقام عليه القضاء بعدم مسؤولية المستأجر عن غرق هذه المركب متى كان عقد الإيجار هذا قد أعفى المستأجر من العناية بالمركب . فلا سبيل للاحتجاج عليه بنص المادة ٢٧٦ من القانون المدني . (نقض مدني قضية رقم ١٠٨ سنة ١٥ مجموعة محمود عمر ج ٥ ص ٢٤٦ رقم ١٠٨)

المُرسل لا يستطيع مقاضاته لا على أساس العقد ولا على أساس التقصير .
غير أنه يجب ملاحظة أنه إذا استطاعت شروط الاعطاء أن تستبعد تطبيق
قواعد المسؤولية التقصيرية فإن هذا لا يشمل إلا الإلتزامات التي تختلط فيها
المسؤولية . أى الإلتزامات التي يكون الإخلال فيها إخلالاً تعاقدياً وتقصيرياً في
نفس الوقت . أما الإلتزامات التي تنفصل عن نطاق العقد ويكون الإخلال فيها
إخلالاً تقصيرياً ولا علاقة لها بالعقد نفسه فلا يمكن استبعادها^(١) .

وفي الجانب الآخر يقدم قسم من أنصار عدم جواز الخيرة الاستثناءات الآتية :
١ — يجوز للمتعاقد أن يرجع إلى أى القواعد التي يشاء إذا ما سبب
الإخلال بالإلتزام التعاقدى جريمة جنائية^(٢) .

٢ — يجوز للمتعاقد أن يرجع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية إذا كان
سبب الإخلال بالإلتزام التعاقدى ناشئاً عن الغش أو الخطأ الجسيم للمتعاقد
الآخر^(٣) .

ومن هنا يظهر جيداً كيف أن الخلاف قد بدأ يضيق ، من الناحية العملية ،
بين أنصار مبدأ الخيرة وبين قسم من أنصار نظرية عدم جوازها . وقبل أن
نعرض رأينا في هذه المشكلة نحب أن نلقى مزيداً من النور على هذه المشكلة بما
عرضه أستاذنا ستيغاني عن هذه المسألة . ويطرح الأستاذ ثلاثة أسئلة تقوم
بهذه المهمة وهي :

١ — هل تنفصل المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية إحداهما
عن الأخرى .

٢ — هل أن إرادة الطرفين المشتركة يمكن أن تحل المسؤولية الأولى محل
المسؤولية الثانية .

٣ — عند غياب هذه الإرادة المشتركة للمتعاقدين هل يمكن أن تحل
المسؤولية التقصيرية محل المسؤولية العقدية .

(١) راجع في كل هذا ستيغاني مذكرته في نظرية الخيرة ص ٣١ وما بعدها .

(٢) لاييه Labbé تعليق في سيري ١٨٨٦ — ١ — ١ وأوبري وروج ٦ ص ٣٧١

(٣) ديموج تعليق في سيري ١٩٢٥ — ١ — ١ — ١٠٥ ولالو — المطول في المسؤولية المرجع

ونحن نجيب — كما يذهب إلى ذلك أستاذنا أيضاً — على السؤال الأول بالإيجاب ونرى أننا قد برهننا بما فيه الكفاية على ما نقول على الأقل من ناحية وجود الفروق الثانوية التي أثبتتها المشرع المصرى والمشرع الفرنسى بين هذين الوضعين من أوضاع المسؤولية .

وفىما يتعلق بالسؤال الثانى لا جدال فى أنه بمقدور الطرفين المتعاقدين أن يتفقا على الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية دون قواعد المسؤولية العقدية إلا فيما يعارض قواعد النظام العام كالاتفاق على إطالة مدة التقادم مثلا .

أما جوهر النزاع فيشير السؤال الثالث . ونحن نقطع بأنه فى حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار بين قواعد الالتزام التعاقدى وبين قواعد الالتزام التقصيرى لا يمكن أن يلجأ الدائن إلى غير قواعد العقد نفسه والقول بغير ذلك يؤدى إلى نفي قواعد العقد ويؤدى بالتالى إلى إشاعة الاضطراب فى تطبيق القواعد القانونية .

ويجب كذلك أن يقتصر على تطبيق أحكام العقد حتى فى حالة ما إذا كون الاخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية . إن الجريمة الجنائية حكمها حكم التقصير فى القانون المدنى . وليس هناك من فرق بين الجريمة العمد وبين الجريمة الناتجة عن خطأ أو إهمال ، فأى سلطان لأحكام قانون العقوبات فى تغيير قواعد المسؤولية العقدية إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ؟

ويجب أن يؤخذ بمبدأ عدم جواز الخيرة أيضاً حتى فى حالات ارتكاب المدين للغش أو للخطأ الجسيم . وعلى الرغم من أن المشرع يساوى فى الحكم بين آثار المسؤولية جميعاً فيما يتعلق باستحقاق التعويض عن الأضرار غير المتوقعة فى هذه الحالة . ذلك أننا لا نزال أمام وضع من أوضاع عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى ، ولا يزال للعقد حكمه وسلطانه ، ولا يغير من طبيعة المسؤولية كون أن المدين إنما يرتكب الغش أو الخطأ الجسيم ، وكون أن المشرع يسوى فى الحكم بين آثار المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية فى هذا الخصوص . وقد ذهب إلى هذا رأى ودافع عنه الأستاذان مازو فى كتابهما المطول فى المسؤولية دفاعاً مجيداً^(١) .

(١) مازو — المرجع المشار إليه ج ٣ ط ١٩٥٠ نبذة ٢٣٧٥

وهترى مازو دروس على طلبة دكتوراه حقوق باريس سنة ١٩٤٦-١٩٤٧ ص ١٣٥ وما بعدها

ويميل الفقهاء في مصر إلى نظرية عدم جواز الخيرة^(١) وإن كان بعضهم يجيزها في حالات التدليس والخطأ الجسيم . ويذهب الأستاذ السنهوري إلى جوازها في حالة ما إذا كان الإخلال الذي أدى إلى الضرر يكون في نفس الوقت إخلالاً بالتزام تعاقدى وبالتزام قانوني معاً . وقد بينا سابقاً أن هذا هو الوضع الوحيد الذي يمكن أن تثار فيه مشكلة الخيرة . وبذا يتبين أن الأستاذ السنهوري يبدأ كعارض لمبدأ الخيرة وينتهي إلى مؤيد لها ! اللهم إلا إذا قصد من عبارته أنه لا يجيز الخيرة في حالة واحدة هي حالة الإخلال بالتزام التعاقدى الذي يكون في وقت واحد فعلاً تقصيرياً^(٢) ١١

أما القضاء فقد انقسم في فرنسا كما أشرنا إلى ذلك غير مرة . إلا أن اتجاه المحاكم ، كما يبدو ذلك على الخصوص في قضاء محكمة النقض ، قد أخذ يميل إلى تأييد مبدأ عدم جواز الخيرة المطلق . وقد حكمت محكمة النقض المدنية منذ ٦ أبريل ١٩٢٧^(٣) بأن : المواد ١٣٨٢ وما بعدها لا يمكن أن تنطبق في حالات الأخطاء الناشئة من عدم تنفيذ الالتزام الناتج عن عقد .

وقد استمرت المحكمة في تقوية هذا الاتجاه فقررت في ٦ مايو ١٩٤٦^(٤) أنه : في العلاقات بين الطرفين المتعاقدين لا يمكن للمواد ١٣٨٢ وما بعدها أن تنطبق — من حيث المبدأ — ولا يمكن لهذه المواد أن تنظم قواعد المسؤولية عن الخطأ الناشئ من تنفيذ التزام ناتج عن العقد . وهذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة النقض في دائرة العرائض في حكمها الصادر في ٢٨ يونية ١٩٣٨^(٥) .

ومن المهم جداً أن نلاحظ أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد أخذ في تقرير هذه النظرية حتى في حالة الغش (التدليس)^(٦) .

(١) سليمان مرقس في الفعل الضار ص ١٧

(٢) راجع الوسيط : ص ٧٥٩ وما بعدها .

(٣) سيري ١٩٢٧ - ١ - ٢٠١

(٤) جازيت دى باليه ١٩٤٦ - ١ - ٢٥٤

(٥) جازيت دى باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٦١٣ . بالإضافة إلى الأحكام العديدة التي أصدرتها

مختلف المحاكم في هذا الموضوع .

(٦) نقض مدني ٢٣ يونية ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٦ - ٢ - ٣٥٣

مع ملاحظة أن القضاء الفرنسى كثيراً ما كان يتجاوز عن المنطق القانونى .
ويقرر تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية فى حالة الإخلال بالتزام تعاقدى
إذا ما رأى أن ذلك أجدى على المتضرر وأعدل . من ذلك ما حكمت به محكمة
استئناف باريس فى ١٩١٩/١/٢ على سيد ترك خادمه فى منطقة الأعداء فناله
الضرر ، مع أنه كان بإمكان السيد أن يأخذ خادمه معه فى أثناء رحيله .
وقد كان من الواجب فى منطق القانون أن تحكم المحكمة طبقاً لقواعد المسؤولية
العقدية استناداً إلى عقد العمل بين الطرفين ، ولكن المحكمة طبقت قواعد
المسؤولية التقصيرية حتى يزداد مقدار التعويض الذى يصيب الخادم عن
الأضرار غير المتوقعة (١) .

أما القضاء المصرى فإنه قد انقسم كذلك . فالحاكم هنا على اختلاف :
بعضها يميل إلى مبدأ الخيرة ، وبعضها الآخر يميل إلى رأى المعارض (٢) .

الفرع الثانى

وضع المشكلة فى القانون الألمانى وفى القانون السويسرى

لقد قلنا فيما سلف فى مقدمة هذا الفصل : إن الفقه والقضاء يسلم فى ألمانيا
وسويسرا بمبدأ جواز الخيرة (٣) . ويبدو لنا أن هذا القول ، قد يخالف
المنطق القانونى فى هذه البلاد وذلك لقيام مبدأ التمييز بين المسؤولية العقدية
والمسؤولية التقصيرية فى ذينك التشريعين أيضاً ، ولكن هذا المذهب قليل
الحظ من الخطورة — كما يبدو — وذلك على الأقل من الناحية العملية .
حيث أن من أهم الأسباب التى قد تدفع الدائن إلى الرجوع لقواعد
المسؤولية التقصيرية فى القانون المصرى والقانون الفرنسى أو القانون البلجيكى ،
هو رغبته فى الحصول على التعويض عن الأضرار غير المتوقعة ، ولتفادى

(١) الحكم وارد فى الباسكرىزى ١٩٢١ - ٢ - ١٧٣ ومشار إليه فى فان رين ص ٢٧٢

(٢) راجع فى تفصيل ذلك الوسيط ص ٧٦٠ وما بعدها .

(٣) ستيقانى المرجع المشار إليه سالفاً ص ٣٤ وهنرى مازو المرجع السالف الذكر

أعذار المدين لعدم الحاجة إليه إذا ما أراد - الدائن - أن يتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية .

غير أن الوضع ليختلف اختلافاً ظاهراً عن ذلك في كل من القانونين الألماني والسويسري . فقد تساوت أحكام التعويض عن الضرر في كلا الوضعين من أوضاع المسؤولية . فيسأل المدين في القانونين وفي كلا الوضعين عن الأضرار المباشرة جميعاً سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة . كما أن مشرعي القانونين الألماني والسويسري قد أتيا بتسهيلات كبيرة فيما يتعلق باشتراط الأعذار^(١) . ومن هنا ندرك الأهمية عملية تقريباً لهذا النزاع حول مبدأ الخيرة في كل من القانونين الألماني والسويسري^(٢) .

الفرع الثالث

وضع مشكلة الخيرة في المسؤولية عن فعل الغير

وإذا كانت مشكلة الخيرة لا تثير من كبير أهمية ، من الناحية العملية ، فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي في كل من القانونين الألماني والسويسري فإنها قد تنعدم فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير . إن مسؤولية المدين العقدية عن فعل غيره أشد عليه كثيراً من مسؤوليته التقصيرية عن أفعال تابع من أتباعه . مصداق هذا القول يظهر في ناحيتين :

(الأولى) فيما يتعلق بالأشخاص الذين يسأل عنهم المدين .

(الثانية) فيما يتعلق بشروط المسؤولية عن فعل الغير .

ففيما يتصل بالحالة الأولى تقوم مسؤولية المدين العقدية في كل من القانونين المذكورين - وهذا هو المبدأ العام في جميع القوانين المقارنة - عن فعل أشخاص قد لا يسأل المدين عن فعلهم مسؤولية تقصيرية ، كمسؤولية الزوج

(١) راجع المادة ٢٨٤ وما بعدها من القانون الألماني والمادة ١١٢ وما بعدها من قانون الالتزامات السويسري .

(٢) كل هذا يفرض خلو العقد من شرط الإعفاء من المسؤولية . أما إذا وصلنا إلى هذه المسألة فإن فترة خطيرة تنفتح على القول بعدم قيام الأهمية العملية لمشكلة الخيرة في ألمانيا وسويسرا . وسنعرض إلى هذه المسألة فيما بعد .

عن زوجته مثلاً أو مسؤولية المستأجر عن أفعال ضيوفه . فمسئولية المئتمن
العقدية عن فعل الغير أوسع بكثير من المسؤولية المتبوع من فعل التابع ،
وسنطيل بحث هذه المسألة في موضعها من الرسالة (١).

وفيما يتصل بالحالة الثانية يشترط القانونان الألماني والسويسري — على
خلاف التشريعات الأخرى ، شروطاً في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير
أخف مما يشترطانه في المسؤولية العقدية عن فعل الغير . إذ بينما يسمح القانونان
بإمكان التخلص من المسؤولية التقصيرية بإثبات نفي خطأ المتبوع الشخصى ،
لا يسمحان للمدين بإثبات نفي الخطأ عن نفسه لكي يتخلص من مسؤوليته العقدية
عن فعل الغير كما سبق أن أشرنا إلى ذلك (٢) .

ومن هنا لا نستطيع أن نلح وجهاً من أوجه الفائدة في رجوع الدائن
إلى قواعد المسؤولية التقصيرية فيما لو توافرت شروط المسؤولية العقدية عن
فعل الغير طبقاً للقانونين الألماني والسويسري . وإذا كانت هناك بعض
الفائدة فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر غير المتوقع الذى يمكن أن يسوق
الدائن إلى الرجوع لقواعد المسؤولية التقصيرية فى فرنسا وفى مصر . فقد قلنا :
بأن هذه المسألة قد انحلت فى القانونين الألماني والسويسري بتساوى الوضعين
فى أحكام التعويض .

غير أنه على الرغم من كل هذا فلم يعدم فى ألمانيا وسويسرا من يقول
بجواز الخيرة . فيرى (Oertmann) « أن قاعدة المسؤولية التقصيرية المقامة
على أساس المادة (٨٣١) من القانون الألماني هى القاعدة العامة وما جاء فى
المادة (٢٧٨) من هذا القانون هو الاستثناء » (٣) .

ويرى (Endemann) على العكس أن المادة (٨٣١) هى التى نجاءت
كاستثناء ورد على نص المادة (٢٧٨) .

ولكن الرائج هو ما ذهب إليه فون ليست « Von Liszt » بحق وهو أن
المادة ٨٣١ تخرج من نطاق التطبيق عندما توجد بين الطرفين علاقة سابقة ،

(١) راجع الباب الثالث من الكتاب الرابع .

(٢) راجع المادتان ٨٣١ فى القانون الألماني و ٥٥ من قانون الالتزامات السويسري .

(٣) معار إليه فى ديموج ج ٥ ص ١٥٨ نبذة ٩٤٨

وأنه لا يمكن لغير المادة (٢٧٧) أن تحل النزاع^(١).
ويقول سالى : أن الذهاب إلى وجوب القول بجواز الخيره مردود لأنه
ليس فى الوضع التعاقدى إلا نوع واحد من المسؤولية هو المسؤولية العقدية^(٢).
ونخلص من كل ما كتبناه إلى أنه إذا نظرنا ، من الزاوية النظرية ، إلى
المسؤولية العقدية عن فعل الغير باعتبارها فرعاً من المسؤولية العقدية عن الفعل
الشخصى ، وإلى المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير باعتبارها فرعاً من المسؤولية
التقصيرية على العموم ، لا يمكننا القول ، طبقاً لما رأيناه فى الراجح من مبدأ
عدم جواز الخيره ، بأن الدائن لا يستطيع أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية
عن فعل الغير متجاوزاً بذلك قواعد المسؤولية العقدية . إذ أن حكم المسؤولية
عن فعل الغير يجب أن يؤخذ من حكم القاعدة العامة فى المسؤولية .

ولذلك لو وجدنا أمام وضع من الأوضاع اجتمعت فيه شروط المسئوليتين
فأصبح نفس الشخص مديناً طبقاً للمسؤولية العقدية ومتبوعاً بالنسبة للمسؤولية
التقصيرية ، ووأثير السؤال فى هل أن باستطاعة الدائن أن يلجأ إلى نصوص
المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير لكان جوابنا بالنفى ، فليس من سبيل أمام
الدائن إلا مقاضاة المدين على أساس من المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

فاذا أتلف التابع الشيء المودع عند متبوعه مثلاً فإنه لا يمكن تطبيق حكم
المواد (١٣٨٤ / ١٧٤ - ٥٥ / ٨٣١) بل يجب تطبيق القواعد الخاصة بعقد الوديعة^(٣).
وهذا يظهر بوضوح من أن الشارع قد أورد نصوصاً خاصة تحكم المسؤولية
العقدية عن فعل الغير وهى تختلف عن تلك التى أوردتها لتحكم المسؤولية التقصيرية
عن فعل الغير^(٤).

(١) مشار إليه فى ديموج المرجع السابق ونفس المكان .

(٢) سالى : المرجع السالف الذكر ص ٤٣٣ - ٣٤٤

(٣) لالو : المطول فى المسؤولية ص ٦٣٨ نبذة ١١٠٣

(٤) أما فى القانون الإنجليزى ومع اعتبار أن مجال L'Etendue المسئولية واحد فى كل من
الـ "tort" والـ Breache of Contract فإنه يعترف مع ذلك بوجود الاختلاف بين
المسئوليتين (راجع جبرار . المرجع السالف الذكر ص ٤٣٩ وما بعدها وسير فردريك بولوك طه
ص ٥٧ ، ١٨١ ، ٤٠٤ ، ٥٣١)

على أن أهم عائق يقف أمام كل ما قلناه فيما يتعلق بعدم خطورة مسلك
الفقه والقضاء في كل من ألمانيا وسويسرا في القول بجواز الخيرة يتمثل عند
وجود شروط الإعفاء من المسؤولية عن الالتزامات العقدية .

لقد خالصنا إلى أنه من الواجب القول بعدم جواز الخيرة ، وعلى هذا
الأساس يكون للشروط الخاصة بالإعفاء أثرها في إعفاء المدين إعفاء كاملاً
من المسؤولية . فما هو موقف الفقه والقضاء المقارنين من هذه المسألة الدقيقة ؟
هذا ما سنجيب عليه في الفصل الآتي :

الفصل الثالث

شروط الاعفاء في المسؤولية عن فعل الغير

إن كلا من المسئولتين العقدية والتقصيرية تتساويان في الحكم من ناحية الاعفاء القانوني ، أى فيما يتعلق بالأسباب القانونية التى تدفع بها هذه المسؤولية^(١) فاهو الوضع بالنسبة لشروط الاعفاء التعاقدية . وماهى آثار أمثال هذه الشروط . يمكن أن تصور بسهولة أن ينص المدين فى العقد على اعفائه من المسؤولية وذلك فى حالات كثيرة وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير . وكذلك يمكن أن نقدر أن الرجل الحريص قد يشترط اعفائه من المسؤولية التقصيرية مع جاره فى الزراعة أو جارة فى المسكن ، وذلك عن أفعاله الشخصية أو عن أفعال غيره ممن يسأل عنهم^(٢) فماهى آثار مثل هذه الاتفاقات ؟ إن من أهم الفروق التى تميز فى الآثار بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تتمثل بمسائل اتفاقات الاعفاء من المسؤولية .

ومن المعلوم أن اشتراطات تشديد مسؤولية المدين معترف بها قانوناً ولا غبار على سريان أثرها ضد المدين . ومن الميسور كذلك ملاحظة تساوى الوضعين من أوضاع المسؤولية فى هذا الحكم . فما من بأس فى أن يشدد على فاعل الضرر فى مسئوليته . يستوى فى ذلك إذن حال المسؤولية العقدية وحال المسؤولية التقصيرية .

على أنه إذا أريد التخفيف عن المدين أو رغب فى اعفائه من المسؤولية إعفاءً كاملاً فهنا تثار مشكلة شروط الاعفاء وضرورة دراستها .

وفى الحق أن المسألة تتلاقفها اعتبارات متشابهة عديدة تتضارب فيها المعطيات العقلية Les Données Rationnelles . إذ أن إجازة اشتراط الاعفاء

(١) ستيفانى : دروس فى المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية المرجع المشار إليه سابقاً

قد يسهل ارتكاب الأخطاء ، في حين أن عدم إجازته قد يؤدي إلى تعطيل حركة التعامل^(١).

ويذهب « سالي » إلى جواز الاشتراط كما هو الراجح في الفقه والقضاء ويقول : « يجب أن نقرر كما فعلت القوانين الحديثة ، صحة اشتراطات شروط الاعفاء ، وأن الاستثناءات التي قد ترد مقيدة لهذا المبدأ ، يلزم أن تفرض بواسطة القانون وحده ، وأن تكون مبنية على أسباب تتعلق بالمصلحة العامة^(٢) . وإلى هذا يذهب « رينو » أيضاً ، مؤسساً رأيه على النظرية التي ذهب إليها في الأساس القانوني للمسئولية العقدية عن فعل الغير وهي نظرية الضمان الضمني . وعنده إذا كان الأصل في المسؤولية العقدية عن فعل الغير إنها تقوم على الضمان الضمني ، فلا مانع يمنع المتعاقد من أن يطرح عن كاهله هذا العبء بشرط صريح هو شرط الاعفاء^(٣) .

وإذا كان الحق مذهبنا إليه من أن الضمان القانوني هو الذي يفرض مسؤولية المتعاقد عن أفعال الغير ، فمن الجائز أن يتخلص المدين من هذا الضمان بشرط الاعفاء ما دام هذا الاشتراط لا يمس قواعد النظام العام .

غير أنه يلزم بادئ ذي بدء أن نميز بين اشتراطات الاعفاء التي تشترط بعد حصول الضرر لأحد الأطراف وبين تلك التي تحصل قبل وقوعه ، ولا جدال في صحة الاشتراطات التي هي من النوع الأول^(٤) .

ويلزم كذلك إدراك الفرق بين اشتراطات الإعفاء والتأمين عن المسؤولية^(٥) . وتجب التفرقة كذلك بين عدم التعهد وبين الاعفاء من المسؤولية في حالة عدم التنفيذ وأن الوضعين ليعتلفان تماماً ، فاشتراط عدم الالتزام في عقد

(١) قارن ديموج ج ٥ ص ٤٢٩

(٢) « سالي » المرجع المشار إليه سابقاً ص ١٤

(٣) انظر رينو المرجع المشار إليه سابقاً ص ٩٦

(٤) مازو ج ٣ ط ٤ ص ٦٧٨ نبذة ٢٥١٥

(٥) في اشتراطات الإعفاء لا ينال الدائم أى تعويض عند حصول الضرر بعكس الحال في التأمين عن المسؤولية إذ أنه ينال التعويض الواجب وكل ما هنالك أن يختلف شخص المسئول . مازو المرجع المشار إليه أعلاه .

من العقود قد يؤدي به إلى تغيير في طبيعته القانونية . كما لو كان قد اشترط في عقد البيع عدم دفع المشتري الثمن فينقلب إلى هبة ، أو قد يؤدي إلى بطلانه . كما إذا اشترط في هذا العقد عدم تسليم المبيع أو أن يسلم البائع المبيع متى أراد^(١) . اما اشتراط الاعفاء فينصب على أنه إذا حدث أثناء تنفيذ الالتزام — تنفيذ التسليم في المثال السابق — ما يعوق هذا التنفيذ بفعل الدائن . كخطئه البسيط ، أو بفعل شخص آخر غيره . فهنا تثار مشكلة شروط الاعفاء ومدى صحتها ، ويثور البحث في آثار هذه الشروط .

وبما يلزم ملاحظته أيضا أن حد التفرقة قد يدق بين تحديد التزامات المدين وبين شرط الإعفاء ، ويقول «فان رين» أن هذه التفرقة نظرية . وهو يستند في هذا إلى حكم محكمة النقض البلجيكية في قضية رفعت على الحكومة التي تعهدت . بنقل منتجات كيميائية إلا إنها اشترطت عدم مسئوليتها عن تلف تلك المنتجات . فقالت المحكمة أن هذا الشرط يؤدي في الواقع إلى تحديد التزامات المدين^(٢) . ومهما يكن من أمر فما لا شك فيه أن هناك فارقا ولو فارقا دقيقا بين كلا الوضعين : بين تحديد التزامات المدين وبين اشتراط الإعفاء وهو ينفذ هذه الالتزامات^(٣) ،

ما هو إذن حكم شروط الإعفاء وما هي آثارها القانونية^(٤) ؟
يجرى التمييز عادة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية في هذا الشأن فيقال بجواز اشتراطات الإعفاء من المسئولية عن الخطأ الشخصي في المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية . غير أن الأمر يحتاج إلى تفصيل لبيان مدى التطور الذي أصاب الفكر القانوني في هذه الناحية ، وإلى معرفة كيفية معالجة التشريعات المختلفة لهذه المسألة .

(١) قال مازو المرحوم السالف الذكر نبذة ٢٢١٤

(٢) نقض بلجيكي ١٨٧٧/١٠/٢٦ الأسكريزي ١٨٧٧ - ١ - ٤٠٦ وفان رين ص ٣١٧

نبذة ٢٣٥

(٣) فالوديع قد يشترط في عقد الوديعة ألا يلتزم بالحفظ وهذا غير اشتراطه أنه يلتزم بالحفظ . ولكنه لا يسأل عن الهلاك بخطئه الجسم أو بنشه .

(٤) راجع في تفصيل ذلك مازو نبذة ٢٢١٤ وما بعدها .

لم يرد في القانون الفرنسى نص صريح يقضى بقاعدة عامة فى جواز اشتراطات الإعفاء من المسؤولية . وكل ما جاء به هذا القانون هو نصوص متفرقة متناقضة بعضها يجيز اشتراطات الإعفاء من المسؤولية فى بعض العقود وبعضها يمنع الاتفاقات الخاصة بالإعفاء ويلغى أثرها من العقد ، هذا ما لم يبطل العقد كله إذا ثبت أن شرط الإعفاء هو الدافع الباعث على التعاقد .

فمن النصوص التى أجازت اشتراطات الإعفاء من المسؤولية المادة (١٦٢٧) فى ضمان الاستحقاق فى البيع والمادة (٩٨) من القانون التجارى وكذلك المواد (٤٢ ، ٤٨) من قانون الطيران لسنة ١٩٢٤ . وبهذا فقد تركت مهمة بناء نظريه فى مسألة شروط الإعفاء إلى رجال الفقه والقضاء .

وقد استقر القضاء الفرنسى على التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . فإذا كان من الجائز أن تصح الشروط فى بعض حالات المسؤولية الأولى ، فإن القضاء الفرنسى كان يبطل كافة الشروط التى يمكن أن تلحق المسؤولية الثانية . وفيما يتعلق بالحالة الأولى كان القضاء يجرى التمييز بين المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى وبين المسؤولية العقدية عن فعل الغير فكان يجيز اتفاقات الإعفاء فى الحالة الثانية بصورة عامة .

وقد كان القضاء الفرنسى يميز أيضاً بين الأفعال التى تؤدى إلى الضرر . فكان يجيز شروط الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ البسيط الذى يصيب المال لا النفس وكان يقضى ببطالان الشروط التى تعفى المدين من مسؤوليته عن العمد أو عن خطئه الجسيم .

وفى الأحوال التى كان القضاء يقضى فيها بصحة اشتراطات الإعفاء لم يجعل لها من أثر إلا فى أنها تنقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . وبعبارة أخرى كان القضاء يذهب إلى جواز اجتماع المسئوليتين العقدية والتقصيرية معا ، وكان يبيح للتضرر ، وقد حرم من المسؤولية الأولى بشرط الإعفاء ، أن يرجع إلى قواعد المسؤولية الثانية إذا أقام الدليل على خطأ المدين المتعاقد .

وكان الفقهاء بين مؤيد لمسلك القضاء الفرنسى وبين معارض له فى بعض نتائجها . فذهب بعضهم أولاً إلى جواز اشتراطات الإعفاء حتى فى المسؤولية

التقصيرية إذا كان الضرر ناتجاً عن الخطأ البسيط ولم يمس شخص المصاب بل أصاب أمواله .

ورأى بعض الشراح — بحق — أن المنطق القانوني السليم يلزم القضاء بأن يحكم بسريان آثار شروط الإعفاء كاملة ، والتالى يجب أن تؤدى إلى إعفاء المدين التام من المسؤولية .

وكان القضاء البلجيكي — وهو يستلهم القواعد القانونية الفرنسية — يذهب إلى هذا في جملة أحكامه .

وعلى العموم كان القضاء المصرى القديم يجرى على آثار القضاء الفرنسى . وكان يؤيده فيما يذهب إليه من أحكام^(١) .

وعندما شرع القانون الألمانى كان رأى قد استقر على أنه ليس ما يمنع من جواز اشتراطات الإعفاء من المسؤولية العقدية فنصت المادة (٢٧٦) من القانون المذكور على جواز اشتراطات الإعفاء عن المسؤولية العقدية حتى عن الخطأ الجسيم . ولم يأخذ مشروع قانون الالتزامات السويسرى بهذا الحكم ، بل أنه قرر فى المادة (١٠٠) منه جواز اشتراطات الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ البسيط فحسب . وتبعه على هذا مشروع قانون الالتزامات البولونى فى المادة (٢٤٠) وكذلك القانون التونسى (٢٤٤م) وقانون الالتزامات المراكشى (م ٢٣٢) .

أما فى حالة المسؤولية العقدية عن فعل الغير فقد اتفقت هذه القوانين على جواز وصحة اشتراطات الإعفاء حتى عن غش أو خطأ فاعل الضرر الجسيم . (م ٢٧٨) من القانون الألمانى و (١٠١) من القانون السويسرى .

وقد ترجم المشرع الجديد للقانون المدنى المصرى هذا التطور فى المادة (٢١٧) منه فنص على أنه :

(١) ومع هذا فقد حكمت محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٣٨/٣/٩ بأن شرط الإعفاء من المسؤولية الذى يشترطه المؤجر عن السرقات التى تحدث فى الأماكن المؤجرة للمستأجرين هو شرط صحيح ويجب أن ينتج أثره : الجازيت ١٩٣٨ ص ٦٩ . وحكمت محكمة استئناف مصر فى ١٩٣٢/١/٣١ بأنه ليس المستأجر مسئولاً عن التلف الحاصل لما هو مؤجر إليه إلا إذا أثبت المؤجر بأنه وقع بإهماله بأن كان من فعله أو فعل مستخدميه أو الساكن أو المستأجر من بطنه ما لم يوجد شرط يخالف ذلك ... الجريدة القضائية (١٩٢٣) رقم الحكم ٣٨

١ — يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة .

٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو عن الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣ — ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع .

ويلاحظ مازو وجوب عدم الذهاب إلى القول بجواز اشتراطات الاعفاء من المسئولية عن فعل الغير - الذين هم بحسب رأى الأستاذين مازو نواب المتعاقدين - إلا عن أخطاءهم البسيطة اليسيرة طبقاً للقاعدة التى تقضى بأن فعل النائب هو فعل الأصيل . ويبدو أن هذا رأى قد طرح جانباً فى التشريعات الحديثة كما هو ظاهر من النصوص المشار إليها أعلاه .

حدود شروط الاعفاء :

١ — من الثابت حسب النصوص المذكورة أن اشتراطات الاعفاء يجب أن تنتج عن اتفاق بين الأطراف المتعاقدة ، ولذلك فلا أثر للشروط التى تصدر عن الإرادة المنفردة . ولهذا فإنه من الواجب القول ببطلان شروط الإعفاء التى يعلن فيها أصحاب الفنادق عدم مسئوليتهم عن السرقة أو الضياع الذى يصيب أمتعة المسافرين .

٢ — يقرر القانون المصرى الجديد فى المادتين (٤٤٥ ، ٤٥٢) جواز اشتراط الاعفاء من ضمان الاستحقاق و ضمان العيب . وتقرر المادة (٤٤٦) (م ١٦٢٨ ف) ونص المادة (٤٥٢ ف ٢) عدم جواز اشتراط الإعفاء عن الأفعال الشخصية .

٣ — طبقاً للمادة (١٤٩) من القانون المدنى المصرى الجديد يجوز للقاضى أن يبطل شرط الإعفاء إذا وجده مدروجاً فى عقود الاذعان .

٤ - وطبقاً للمادة ١٢٩ يجوز للقاضي أن يبطل مفعول هذا الشرط على أساس الاستغلال أو عدم التعادل بين التزامات الطرفين .

آثار شروط الإعفاء :

طبقاً للرأى الراجح فى مصر وفرنسا من عدم جواز نظرية الخيرة . وطبقاً لما قدمناه من أدلة تؤيد هذا الرأى ، وطبقاً لمنطق الأشياء فى اشتراط الإعفاء ، يجب القول بأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يلزم أن ينتج أثره الطبيعى وهو إعفاء المدين الكامل من المسؤولية ولا يمكن للدائن أن يرجع بدعوى المسؤولية التقصيرية لمقاضاة المدين .

وبعد ما قدمناه من القيود التى يمكن بموجبها موازنة المصالح الاقتصادية فى الاتفاقات القانونية ، لا يخشى على الدائن من نتيجة هذا الرأى ، ويفترض فى الدائن المتوسط الحرص أنه مارضى بشرط الإعفاء مجاناً . بالعكس أن الفرض الأقرب إلى الواقع هو أن الدائن قد نال مقابلاً برضائه عن هذا الشرط . أما فى أحوال عقود التبرع فلا ضرر ينال الدائن عند ما يشترط المدين عدم مسؤوليته ، إذ المفروض أن المدين قد تبرع ، وهو يتبرع فى الحدود التى يرتضيها هو ، والدائن منتفع على كل حال .

ومن هنا ندرك أهمية التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فى ناحية مهمة من نواحي العقد وهى مسألة شروط الإعفاء . ويتبين مدى خطورة القول بالأخذ بمبدأ جواز الخيرة أو الأخذ بمبدأ عدم جوازها على شروط الإعفاء من المسؤولية . ولذلك يبقى التساؤل قائماً كيف يمكن أن يتخلص القضاء الألمانى والسويسرى من هذه المشكلة المهمة . فإن القول بجواز الخيرة يترتب عليه إلغاء آثار شروط الإعفاء فى بعض الأحوال ، على الأقل حيث تجتمع شروط المسئوليتين : العقدية والتقصيرية معاً .

الباب الرابع

الحدود الخارجية للمبدأ العام

في المسؤولية العقدية عن فعل الغير

تثير مسألة تحديد المجال الخارجى للمبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير أحد النقاش في أوساط الفقه في ألمانيا وسويسرا ومصر وفرنسا .

إن المفهوم الطبيعى هو في وجوب اقتصار قيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير على وجود العقد ، ولا يلزم أن تثار هذه المسؤولية إلا حيث ينشأ العقد قائماً ونافذاً بين الأطراف . إلا أن النزاع قد احتدم حول مشكلة تجاوز المسؤولية العقدية عن فعل الغير إلى فترة تكوين العقد . فهل يجوز تطبيق قواعد المسؤولية على هذه الفترة أم لا يجوز . وقد بحث في هل يتصور تطبيق هذه القواعد أيضاً في فترة انقضاء العقد ، عندما يتلاشى الالتزام التعاقدى . ولذلك سنعالج فيما يلي بحث هاتين المشكلتين .

وبالنظر للوضع الخاص الذى يحيط ببحث مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في فترة تكوين العقد في كل من القانونين الألمانى والسويسرى يلزم فصل بحث هذه المشكلة فيهما عن بحثه في القانونين المصرى والفرنسى . وإذا كان الأمر كذلك فيقتضينا واجب البحث أن نكسر الكلام على فصلين :

الفصل الأول — المشكلة في التشريع الألمانى والتشريع السويسرى .

الفصل الثانى — المشكلة في القانون الفرنسى والمصرى .

الفصل الأول

المسؤولية العقدية عن فعل الغير

في فترة تكوين العقد وانتهائه

في التشريع الألماني والتشريع السويسري

نكسر الكلام في هذا الفصل على فرعين . الأول للكلام عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير في فترة تكوين العقد ، والفرع الثاني للكلام على المسؤولية العقدية عن فعل الغير بعد انتهاء العقد .

الفرع الأول

المسؤولية العقدية عن فعل الغير في فترة تكوين العقد

لقد عرضنا إلى أن مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في فترة تكوين العقد تثير خلافاً دقيقاً في ألمانيا وسويسرا . حيث يبدو أن المشرع الألماني والمشرع السويسري قد أخذ كلاهما بنظرية « اهرينج *Ihring* » ، في الخطأ عند تكوين العقد « *La culpa in contrahendo* » إضافة إلى النص العام في التشريع الألماني والسويسري عن المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

تنص المادة (١٢٢) من القانون الألماني على أنه إذا كان إعلان الإدارة باطلاً وفقاً للمادة (١١٨) أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين (١١٩) أو (١٢٠) فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين ، أن يعرض هذا الشخص . وإذا لم تكن موجهة لشخص ما ، أن يعرض أي شخص عن الضرر الذي أصابه لاعتقاده صحة الإرادة .

وتنص المادة (٣٠٧) من نفس القانون على تعويض الطرف المتضرر من

عقد مستحيل التنفيذ^(١).

وتنص المادة (٢٦) من قانون الالتزامات السويسرى على أن : المتعاقد الذى يدعى بأنه قد وقع فى الغلط أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذى يصيبه من جراء بطلان العقد . . . وتنص المادة (٢٧) على تطبيق حكم المادة السابقة فى حالة حصول الغلط فى نقل الإرادة .

ويحاول قسم من الفقهاء فى ألمانيا وسويسرا تعميم حكم هذه النصوص ليقيموا منها نظرية عامة للمسئولية العقدية فى فترة تكوين العقد^(١) . وبالجمع بين هذه النظرية وبين النصوص التى تقيم مبدأ عاما فى المسئولية العقدية عن فعل الخير يتوصل هؤلاء الفقهاء إلى توسيع مجال تطبيق هذا المبدأ إلى فترة تكوين العقد بالإضافة إلى مجاله الطبيعى فى أثناء قيام الالتزام التعاقدى .

ويقول « بازولا » : بأنه منذ أن وجدت النظرية الشهيرة للفقهاء الألمانى « اهرنج » فى الخطأ عند تكوين العقد ، فإنه لاشئ يمكن أن يتعارض وتطبيقها فى حالة المسئولية فى فترة تكوين العقد . وإذا كان يمكن اليوم تعريف الخطأ عند تكوين العقد بأنه الإخلال بالواجبات الملقاة على عاتق الطرفين فى أن يتوصلوا — حسب قواعد حسن النية — إلى تبادل المعلومات خلال فترة المفاوضات للحصول على القرار الواجب اتخاذه ، فإنه ليظهر أن هذا الإخلال يمكن أن يكون ، كالحطأ المتعلق بتنفيذ العقد ، خطأ تعاقدياً .

ويستطرد « بازولا » ، فيقول : إن عدداً كبيراً من الفقهاء ليؤيدون اليوم بحق أن الأوضاع السابقة على التعاقد يجب أن تستقر تحت سلطان قانون العقد .

وهكذا فإن المادة (١٠١) من القانون السويسرى لتطبيق عند ما يصيب المتعاقد الضرر بفعل خطأ صادر عند تكوين العقد من أحد تابعى المدين .

ويشترط « بازولا » ، لانعقاد المسئولية العقدية فى هذه الحالة أن يكون

(١) راجع على سبيل المثال « سالى » النظرية العامة فى الالتزام فى القانون الألمانى ص ١٦٤ وما بعدها وراجع أيضاً « Von Tuhr » ١٧٠٠ مشار إليه فى بازولا ص ٤٥ و « Maag » ص ٩٨ و « standeinger » ط ٩ وملاحظة على المادة ٢٧٨

الإخلال ناتجاً عن العلاقة الناشئة عن المفاوضات . ولا يمكن أن تطبق المادة (١٠١) إلا إذا وجدت الرابطة السببية المباشرة بين الضرر وبين المناقشات التي أدارها الأطراف .

فيجب إذن أن يكون الفعل الذي ينشأ عنه الضرر متصلاً مباشرة بهذه المفاوضات ، ولا يكفي أن يكون الفعل فعلاً نشأ بمناسبة هذه المفاوضات^(١) . ويقول « بازولا » : في خلال فتره تكوين العقد لا يقتصر الأمر على استخدام المدين أشخاصاً يتولون عنه إبرام العقد وإدارة المفاوضات الجارية لهذا الغرض ، بل إنه قد يستخدم أشخاصاً يتدخلون مادياً برضاه الصريح أو الضمني في المفاوضات السابقة على التعاقد ، وهنا يجب أن يسأل عن أفعالهم كما يسأل عن أفعال من يتولون عنه إبرام العقد والمفاوضات في شأنه .

ولكن هل يشترط لتحقيق المسؤولية العقدية عن فعل الغير أن ينتهي الأمر إلى إبرام العقد ، أم يكفي لقيام هذه المسؤولية وجود المفاوضات فحسب دون اشتراط انعقاده ؟ .

يذهب « Oertmann » في شرح للمادة (٢٧٨) من القانون الألماني إلى أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا تتحقق في فترة تكوين العقد إلا إذا انتهت هذه الفترة إلى نتيجة بإبرام العقد .

على أن بازولا يخالف « Oertmann » في ذلك ، ويقول : إنه في اللحظة التي تقوم فيها العلاقة بين أطراف العقد المحتمل يجب أن تحمي بالمسؤولية عن الخطأ في تكوين العقد . فنجد ابتداء المفاوضات يمكن أن يتصور حصول الخطأ التعاقدى من غير أن يشترط إمكان الوصول في هذه المفاوضات إلى نتيجة بعقد العقد . أنه ليتعين في الحقيقة على مستخدمى محل تجارى تعرض فيه المعروضات للبيع أن يتقدموا بهذه المعروضات في المحل إلى العملاء بكل حيطة وذلك سواء أحصل البيع أم لم يحصل حتى لا يصيب العميل أى ضرر . ومن جهة أخرى فإن الاعتراف بنظرية الخطأ عند تكوين العقد يكون أجدى

على ما تتطلبه الحياة العملية عند ما لا يصل العقد في المفاوضات إلى الإبرام^(١). هذا هو الرأى الغالب في ألمانيا وسويسرا فيما يتعلق بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، ولذلك يجب أن نعى بدراسة حدود تطبيق هذه النظرية من حيث الأشخاص .

وتجرى التفرقة في هذا الصدد بين :

- ١ — التابع .
- ٢ — النائب القانونى .
- ٣ — النائب الاتفاقى .

المبحث الأول

المسؤولية عن فعل التابع في فترة تكوين العقد

والتابع ، فيما يتعلق بوضع ما قبل التعاقد أى في فترة تكوين العقد ، هو كل شخص يتعاون مع الطرف المتعاقد — مادياً — للوصول إلى إبرام هذا العقد . وهذا يشمل : الرسول «le masseger» الذى ينقل إرادة الموجب حرفياً أو المترجم «l'interpréte» الذى ينقل إرادة أحد الطرفين حرفياً أيضاً .

وقد أشرنا آنفاً إلى أن مسؤولية المتعاقد عن فعل التابع عند جمهور الفقهاء في ألمانيا وسويسرا ، هى مسؤولية عقدية . وقد أخذت المحاكم بهذا أيضاً .

فإذا دخل عميل إلى مخزن تجارى ليشتري بضاعة ما . وفى أثناء تقديم البضاعة له بواسطة أحد مستخدمى المحل التجارى ، سبب المستخدم للزبون ضرراً ، فإن صاحب المحل يسأل عن تعويض هذا الضرر طبقاً للمادة (٢٧٨) من القانون الألمانى وطبقاً للمادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى^(٢) .

وكما إذا أراد (١) أن يبيع مخزناً مملوكاً له إلى (ب) وكان (ح) مستخدماً

(١) راجع « بازولا » ص ٤٧

(٢) راجع خصوصاً أحكام محكمة الإمبراطورية فى ألمانيا trib. d'Empire 78 p.240

١٠٧ p. 242-243 مذكورة فى بازولا ص ٤٧

لدى الأول صاحب المخزن . قاد (ح) (ب) الراغب في الشراء خلال معروضات ومحتويات المخزن وأشار إلى قسم من هذه المعروضات على أساس أنها داخلة في تلك التي عرضت للبيع . ثم تبين فيما بعد أن هذه المعروضات قد سبق بيعها ، وبالنظر للمعلومات التي قدمها المستخدم غبن المشتري بالثمن ، فهنا تقوم مسؤولية (١) صاحب المخزن عن فعل مستخدمه ويحكم عليه بتعويض لصالح (ب) على أساس من المسؤولية العقدية .

المبحث الثاني

مسؤولية الأصيل عن النائب القانوني في فترة تكوين العقد

إن المادة (٢٧٨) من القانون الألماني تشير إلى المسؤولية عن فعل النائب القانوني جنباً إلى جنب مع مسؤولية المتعاقد عن فعل تابعه ، ولكن المادة ١٠١ من قانون الالتزامات السويسري لم تشير إلى النائب القانوني ، ثم أن لفظ « التابع » ، الذي جاء في المادة (١٠١) لا يمكن أن يشمل النائب القانوني بحال ، ولا يمكن لذلك أن يدخل النائب القانوني تحت حكم المادة (١٠١) على أساس حسبانته من طائفة الاتباع كما يذهب — بحق — كل من « بازولا » و « فون توهـر » Von Tuhr . فالتابع لا يتصرف بإرادته بل بحسب إرادة المتبوع ، بعكس النائب القانوني فإنه يتصرف بإرادته هو مجرداً حتى عن إرادة الأصيل القاصر .

على أن Von Tuhr « يعتقد بالاتفاق مع ، Becher و Funk أنه يمكن تطبيق حكم المادة (١٠١) على حالة النائب القانوني وذلك عن طريق القياس . وإذا كان القانون السويسري كما يقول Von Tuhr قد نص على مسؤولية المدين عن أفعال تابعيه ، فإنه لا يوجد سبب يمنع من قيام مسؤولية المدين عن أفعال نائبه القانوني .

ويذهب « بازولا » أيضاً إلى نفس هذا الرأي ويرى وجوب قيام مسؤولية القاصر عن أفعال نائبه القانوني ، وذلك حرصاً على مصلحة الدائن ، وحتى لو أدى

ذلك إلى توضيحية مصلحة القاصر مع أنه في الحقيقة لم يكن ليستطيع اختيار نائبه القانوني .

وعندي أن هذه المسألة دقيقة وشائكة فيما يتعلق بالقانون السويسري . وإذا كان من الواقع وجود نص يقرر مسؤولية القاصر عن نائبه القانوني في القانون الألماني ، فإنه لمن الصعب جداً تقرير هذه المسؤولية في حالة انعدام مثل هذا النص . ذلك أن مبدأ قيام هذه المسؤولية يصطدم بمبدأ عام آخر هو وجوب حماية القاصر ، وهذا الوجوب هو أكثر ضرورة وأشد إلحاحاً من وجوب حماية الدائن المتعاقد . وعلى تقدير أن هذا أمر يرجع للشارع نفسه ، فإن عدم النص عليه من قبل المشرع السويسري قد يشير إلى قرينة تدل على رفضه تقرير هذه المسؤولية قبل القاصر عن الأفعال المادية الضارة التي يرتكبها نائبه القانوني عند تكوين العقد . وبهذا بقيت مشكلة مسؤولية القاصر عن أفعال نائبه القانوني مشكلة رأى يصبح كل قاض فيها وكل عالم من علماء القانون فقيه نفسه ، ومن هنا يتضح أنه مهما بلغ التشريع من نضوج في عرض الأفكار وفي الإتيان بالمبادئ التي يفرضها التطور ، فإن القصور ليلحقه ، وأنه من السهل أن ندرك أنه لا يمكن لنا بلوغ الكمال في التشريع في أي زمن أو في أي مكان وإن القصور الذاتي هو سنة الطبيعة في صعودها نحو مدارجه (١) .

على أن الأمر سهل من ناحية تقرير بطلان العقد عندما يكون هذا البطلان راجعاً إلى فعل النائب القانوني . ذلك أنه إذا كان من غير المعقول أن يسأل القاصر عن فعل النائب فيما يتعلق بتعويض الضرر ، فإنه ليس من العدل كذلك أن يمنع الطرف الآخر من طلب البطلان . وتفسير هذا أمر بسيط لأن مشكلة البطلان لا تتصل إطلاقاً بمشكلة المسؤولية ، وأن البطلان يتحقق متى تحققت أسبابه القانونية ، ومتى قلّمت عناصره وأركانها تحقق بغض النظر عن أي اعتبار آخر بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية على الأقل .

(١) تنبسط المشكلة فيما يتعلق بهذه المسألة بين اعتبارات تقوم تحت المبادئ العامة للقانون ، ولا ترقى إلى هذه المبادئ ، إذ لو أمكن ذلك وأمكن رد مسائل هذه المشكلة إلى المبادئ العامة لما كان لهذا الخلاف وجود .

ونلاحظ فيما يتعلق بأفعال النائب القانوني القانونية أنه لا خلاف في سريانها على القاصر وهذا ما يحققه المبدأ العام في النيابة القانونية نفسه .

المبحث الثالث

مسؤولية الأصيل عن النائب الاتفاقي في فترة تكوين العقد

لا جدال في أن النائب الاتفاقي هو غير التابع . وجمهور الفقهاء يذهب إلى أن التابع هو شخص مجرد عن إرادة العمل والتصرف إلا وفقاً لمشيئة المتبوع . كما أن التابع لا يقوم إلا بعمل مادي بحت .

أما النائب الاتفاقي فهو شخص يضم إرادته إلى إرادة الأصيل في العمل ويتصرف فيه بإرادته هو أو على رأى بإرادته وإرادة الأصيل معاً .

على أن هذا لا يمنع أن يقوم النائب الاتفاقي بأعمال مادية لمصلحة الأصيل وإذا قام بهذه الأعمال فإن الأخير قد يسأل عندئذ عن أعمال الأول طبقاً للمادة (٢٧٨) من القانون الألماني والمادة (١٠١) من القانون السويسري .

ولكن ما حدود هذه المسؤولية ؟ . يتحدد السؤال على النحو الآتي :

هل يسأل الأصيل عن سوء نية نائبه الاتفاقي وعن غشه وتدليسه وأخطائه عند تكوين العقد مسؤولية عقدية عن فعل الغير ؟

هل يسأل الأصيل عن الأضرار التي يسببها فعل النائب الخطأ عند ما يسبب بتصرفه بطلان التصرف الذي قام به لحساب الأصيل ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية ؟

يذهب « بازولا »^(١) وكذلك « بيكيه » ، إلى وجوب التفرقة في هذا الخصوص بين أحوال ثلاث :

- ١ — بين ما إذا كان تصرف النائب مجرداً عن سلطة النيابة .
- ٢ — وبين ما إذا تصرف النائب مجاوزاً حدود هذه السلطة .
- ٣ — وبين ما إذا تصرف النائب مسيئاً استعمال هذه السلطة .

ففي كل من الحالتين الأولى والثانية يقضى المبدأ العام في النيابة أن لا مسؤولية

(١) بازولا ص ٦٩ وما بعدها .

على الأصل . ولهذا لا يمكن على العموم أن يسأل الأصل عن الغش والأخطاء الأخرى التي يرتكبها النائب خارجاً عن سلطة النيابة أو مجاوزاً حدودها (م ٣٨ من قانون الالتزامات السويسرى . والمواد ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٧١ من القانون الألمانى) .

وأما فى الحالة الثالثة فيما إذا أساء النائب استعمال سلطات النيابة ، فإن وجه المسألة يتغير كما يقول « بازولا » . فعندما يتصرف النائب فى حدود النيابة إنما تنصرف آثار تصرفه هذا إلى الأصل مباشرة طبقاً للمبادئ العامة فى النيابة (المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٦٤ من القانون الألمانى) .

ويذهب « بازولا » و « بيكية » و « رينو » إلى أن هذه المسؤولية ليست إلا مسؤولية شخصية بناء على مبادئ النيابة وليست مسؤولية عن فعل الغير .

وعند أن الأمر ليس بهذه السهولة . إن الذين يقولون بأن الأصل لم يخول النائب سلطة ارتكاب أى جريمة أو خطأ فى فترة تكوين العقد أو فى أثناء تنفيذه هم على حق فيما يذهبون إليه من الناحية النظرية . وعندما أكف زيدا من الناس بأن يقوم على حسابى ولمصالحى بعمل من الأعمال ، وعندما يكون هذا الشخص شخصاً عادياً على الأقل ، يدخل فى تقديرى لزوم كون هذا الشخص متوسط الحرص وأنه لن يرتكب غشاً أو خطأ فى أثناء القيام بالعمل الذى عهدت به إليه . فإذا ما أدى هذا الشخص المكلف العمل على الوجه المطلوب فيها . أما إذا أخطأ أو ارتكب غشاً أو تدليساً ، حتى على فرض أنه كان قد ارتكب هذه الأفعال وهو فى حدود النيابة ، فهل يمكن اعتبارى أنا الأصل أنا الذى قد فوضته عمل ذلك الفعل الخطأ أو ارتكاب الغش أو التدليس ؟

على أن ذلك لا يعنى أنى أنا الأصل ، على الرغم من برامق من أخطاء هذا الشخص الذى كلفته بالقيام بالمهمة ، يجب أن أجرد قانوناً من المسؤولية .

إن قواعد العدالة ومقتضيات التوازن الاقتصادى فى العقود تقتضى أن أسأل أنا الأصل عن فعل النائب . وهنا نصل إلى لب وجوهر المشكلة التى أثبتت فى الأساس القانونى لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، ويصدق هنا

مارأينا من أن هذا الأساس هو الضمان القانوني الذي ألقى على عاتق المتعاقد عن فعل غيره ، وقد قلنا أن النائب يعتبر من هؤلاء الغير^(١) .

وعندى أن وصف النائب هنا لا يمكن أن يثبت إلا على أساس ما قلناه من أن المسؤولية تتحقق في هذه الحالة بمناسبة النيابة لا بسببها إذ أن المسؤولية قد تتحقق في ظروف أخرى كالتى عالجناها في الصفحات السابقة .

وكذلك يبدو من الواضح أن مسؤولية الأصيل عن أفعال النائب تعتبر مسؤولية عقدية عن فعل الغير سواء بسواء مع مسؤولية المتعاقد عن أفعال تابعة . ثم إن « بازولا » ، الذى يقرر ارجاع مثل هذه المسؤولية — مسؤولية الأصيل عن فعل النائب — إلى المسؤولية الشخصية ، قد غفل عن حقيقة أبرزها هو عندما قرر أن المسؤولية التى ألقى على عاتق الأصيل ليست هى مسؤولية عن الأعمال القانونية للنائب بل هى مسؤولية عن الأفعال المادية لهذا الأخير ، تلك الأفعال التى لا يكون فيها النائب نائبا عن الأصيل بالمعنى الفنى الدقيق لهذا الاصطلاح فى فقه القانون المقارن .

ونخلص من كل هذا أنه إذا قامت مسؤولية الأصيل عن فعل النائب فى فترة تكوين العقد فى كل من ألمانيا وسويسرا ، فإنها إنما تقوم على أساس نظرية الخطأ فى تكوين العقد بالإضافة إلى المبدأ العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير وإنها مسؤولية عن الأفعال المادية التى ارتكبها النائب ، وأن مسؤولية الأصيل تتحقق قانونا بمناسبة النيابة لا بسببها^(٢) .

(١) أرجو أن أثير انتباه حضرات القراء إلى أعالج المشكلة من وجهة النظر الألمانية والسويسرية أما فيما يتعلق بوجهة النظر فى القانون المصرى والفرنسى فسعالجها عما قريب .

(٢) وأعنى بذلك أن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير أوسع فى الحقيقة من مبدأ النيابة . فالنيابة حالة من الحالات التى تتحقق فيها المسؤولية العقدية عن فعل الغير وقد أسهبت فى شرح ذلك عند كلابى على الأساس القانونى ... راجع الباب الثانى من هذا الكتاب .

الفرع الثاني

المسؤولية العقدية عن فعل الغير بعد انتهاء العقد

في القانون الألماني والسويسري

على أنه إذا أثير كل ذلك النزاع حول طبيعة المسؤولية في فترة تكوين العقد ، فإنه مما لا شك فيه أن الفقه يذهب إلى أن المسؤولية بعد انتهاء العقد تخرج عن نطاق المسؤولية العقدية . وبالتالي فإنه في حالة ما إذا سبب أحد الأشخاص ضرراً لأحد أطراف العقد السابق ، وكان فاعل الضرر ذا علاقة قانونية مع الطرف الآخر ، فإن هذا الأخير لا يمكن أن يسأل إلا على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير إذا توافرت شروطها^(١) .

على أنه مما لا شك فيه كذلك أن العقد المنتهى إذا ما خلف التزامات تعاقدية : التزامات إيجابية أم سلبية ، فإنه لمن الميسور القول بوجوب الوفاء بهذه الالتزامات ، وإذا لم يف الملتزم بها فيمكن القول حينئذ بإمكان قيام مسؤوليته العقدية . وإذا لم يوف بهذه الالتزامات بفعل الغير فقد تقوم مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير أيضاً .

قد تكون أمثال هذه الالتزامات نتيجة لاتفاق الطرفين أو حسبما تقرره قواعد العرف والعادة . مثل ذلك أن البواب يلزم — في فرنسا — وحتى بعد مضي وقت من انتقال المستأجر ، إذا ما ترك هذا الأخير عنوانه للأول ، أن يبعث بما يصل إليه من خطابات أو أمتعة باسم المستأجر . وعدم انجاز ذلك يستدعي أن يسأل البواب حسب قواعد المسؤولية التقصيرية ، وأن يسأل المؤجر كذلك عن فعل هذا البواب مسؤولية عقدية عن فعل الغير^(٢) .

(١) مازوس ٤٤ المرجع السالف الذكر وجوسران روح القوانين ونسبتهما نبذة ١٤٩ .
ولالو : نبذة ٢٧٩ . ونبوايه دروس في القانون المدني لقسم الدكتوراه . سنة ١٩٢٩ ص ٩٩

(٢) سأروك ص ١٣٢

إفصل الثاني

مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير

عند فترة تكوين العقد في القانون الفرنسى المصرى

إذا كانت مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في فترة تكوين العقد دقيقة الحل فيما يتعلق بكل من القوانين الألمانى والسويسرى ، حيث ورد في كل منهما نص صريح في مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وحيث أقيمت في كل من ألمانيا وسويسرا نظرية الخطأ عند تكوين العقد في الفقه والقضاء ، فإن الأمر ليس على هذه الدرجة من الدقة في كل من القانونين الفرنسى والمصرى . أن الإدراك السليم للقواعد القانونية في كل من هذين البلدين ليوذى بنا إلى حل موفق مناسب . باتقاء نص عام يحكم المسؤولية العقدية عن فعل الغير ولعدم أخذ مشرع القانون الفرنسى أو القانون المصرى الجديد بنظرية الخطأ في تكوين العقد ينتفى إمكان القول بقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير في فترة تكوين العقد^(١) .

وفيما يتعلق بهذه النظرية — نظرية الخطأ عند تكوين العقد — حاول شراح كثيرون إقامتها في فرنسا على أساس ورود تطبيقات لها في القانون الفرنسى وخصوصا على أساس ما جاء في المادة (١٥٩٩) الخاصة بالمسؤولية عن بيع ملك الغير^(٢) .

إلا أن رأى الراجح في فرنسا يذهب إلى أن لا مكان لهذه النظرية في القانون المدنى الفرنسى ، وبالتالي لا يقر بوجود المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، بالمعنى المفهوم لهذه المسؤولية ، في فترة تكوين العقد . وأن هذه المسؤولية لا تنهض إلا على أساس عقد صحيح تام نافذ بين الأطراف . وإن كل حالة من حالات الضرر التى تصيب الطرف المتعاقد قبل تكوين العقد لا تلزم الطرف الآخر

(١) واجع المذكرة الإيضاحية ص ٢٦٣ في الهامش > ٢

(٢) راجع سالى ص ١٧٦ وما بعدها . المرجع المشار إليه سالفاً .

إلا على أساس من المسؤولية التقصيرية^(١).
وقد أثير في فرنسا بحث مسؤولية الأصيل عن النائب القانوني ومسؤوليته
عن النائب الاتفاقي. أما فيما يتعلق بالتابع فإن الأمر واضح لأن المسؤولية لا يمكن
أن تقوم في هذه الحالة إلا على أساس المادة (١٣٨٤)^(٢). ولذلك سنقصر الكلام
على مبحثين نتناول فيها الكلام عن مسؤولية الأصيل عن النائب القانوني وعن
النائب الاتفاقي.

المبحث الأول

مسؤولية الأصيل في النيابة القانونية عن فعل النائب في فترة تكوين العقد

تلازم التفرقة في هذا الخصوص — كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء في فرنسا
بين حالة طلب البطلان وبين حالة دعوى المسؤولية أى دعوى التعويض.
ففيما يتعلق بالحالة الأولى لانزاع في أن للطرف الذى ناله الضرر بعقل النائب
القانوني — كالوصى مثلاً — الذى سبب البطلان كالغش أو التدليس أو الغلط،
أن يرفع دعوى البطلان ضد القاصر الأصيل، ويمكن أن يحكم للطرف المتضرر
بالبطلان. والقول بغير ذلك يؤدي في الحقيقة كما يقول «بوسكو رامسيانو»^(٣)
إلى زعزعة الثقة في المعاملات وإلى أحجام الناس عن التعامل مع الأوصياء
أو سائر النواب القانونيين.

وفيما يتعلق بدعوى التعويض فالرأى الراجح هو أنه لا يمكن أن تقوم
مسؤولية القاصر عن الأفعال الضارة التي يرتكبها النائب القانوني.
ويقول «ديموج»، في هذا الصدد:

« أن القاصر لا يمكن أن يسأل من هذه الناحية — ناحية دفع التعويض —

(١) راجع ما زو المرجع السالف الذكر ١ - نبذة ١٣٥

(٢) محكمة دوا في ١٥/١/١٨٩١ - سيري ١٨٩١ - ٢ - ١٤٤ وعكة رين في ١٩٢٩/٧/٨
دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٥١٨. عكة بروكسل ١٩٠٩/١٠/٢٠ المجلة العامة للتأمين
والمسؤولية المشار إليه في فان رين نبذة ٩٩ هامش رقم ٣ عكة السين ١٩٣٠/١١/١٤
سيري ١٩١٢ - ٢ - ٢٢٨

(٣) المرجع المشار إليه س ٢٩٨ وما بعدها.

بسبب التدليس أو الخطأ الذي ترتكبه وصية ، وذلك لأن النيابة القانونية تقوم على فكرة حماية عدم الأهلية الذي لا يمكنه أن يرجع على وصيه ليطالبه ،^(١) . ثم أنه لا يمكن مسألة الأصيل في هذه الحالة عن تدليس أو خطأ نائبه القانوني الذي لم يكن له يد في اختياره^(٢) وهذا هو رأى أغلب الفقه والقضاء والراجح منه^(٣) .

وعندى أنه يمكن تفسير سبب جواز تقرير بطلان العقد الذي يشوبه سبب من أسباب البطلان والذي يتحقق من تصرفات النائب القانوني كغشه أو تدليسه ، بالقول أن المتعاقد في هذه الحالة هو النائب القانوني نفسه ويعتد بإرادته وحدها فيما يتعلق بالتصرفات التي يعقدها لحساب الأصيل القاصر . إذ لا إرادة للقاصر في أحداث التصرف القانوني . ولذلك فإما أن يسرى أثر التصرفات القانونية طبقاً للمبدأ العام في النيابة وهذا يقتضى قيام هذه التصرفات القانونية سليمة من العيوب ونافاذة صحيحة ، وفي هذه الحالة لا جدال في وجوب تقبل ذمة القاصر لمثل آثار هذه التصرفات ، وإما ألا تسرى هذه التصرفات في حق القاصر ، لأن العقد قابل للإبطال في العلاقة القائمة بين النائب القانوني وبين المتعاقد الآخر .

أما عن مسألة التعويض فهي منفصلة تمام الانفصال عن مسألة سريان التصرف القانوني في حق الأصيل القاصر . إن التعويض يقوم كما هو واضح على أساس فعل خطأ . ولا يرتكب القاصر شيئاً من ذلك عندما يمتنع النائب القانوني عن القيام بواجبه قبل الطرف الآخر . وإذا قلنا بأن القاصر لا يصح أن يستفيد من التصرف الباطل الذي قام به نائبه القانوني ، فإن هذا يلزمنا أن نقول أيضاً بعدم جواز تحمل الأصيل القاصر لأفعال السائب الضارة .

إلا أن شارحا من شراح القانون المدني الفرنسي يذهب إلى وجوب قيام مسؤولية الأصيل في النيابة القانونية سواء بسواء مع قيام مسؤولية الأصيل

(١) جزء ١ نبذة ١٣٧ ص ٢٢٨

(٢) « كوريسكو » رسالة باريس ١٩١٣ ص ١٥٢ ص ١٢١

(٣) نقض عرائض ١٨٩٣/٣/٢١ سيري ١٨٩٥ - ١ - ٢٤١

في النيابة الاتفاقية عن تعويض الضرر الذي يسببه النائب القانوني وذلك على أساس نظرية النيابة^(١).

وهو يعترض على القول بأن الأصل لا يفوض النائب سلطة ارتكاب جرائم أو أخطاء بأنه لماذا يصح إذن أن يفوض الأصل النائب سلطة القيام بالإدارة السيئة وارتكاب الإهمال ، ولا يصح أن يفوضه ارتكاب التدليس أو الأخطاء الأخرى ؟

وقد واجهنا هذا الرأي بالرد وقلنا عند ردنا على أساس النيابة كأساس لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير أن من شروط النيابة انتفاء مسؤولية النائب وبقاء أو انفراد الأصل بالمسؤولية ، وليس الأمر كذلك في مثل هذه الأحوال^(٢).

على أن اعتراض تيسيه ، فيه شيء كثير من الصحة ، وعندى أنه من الحق القول دائماً بأن الأصل لم يفوض النائب سلطة ارتكاب أى خطأ أو تدليس أو حتى القيام بأية إدارة سيئة أو القيام بإهمال^(٣) وإن أساس المسؤولية في حالة سريان التصرف القانوني هو وضع خاص بمبدأ النيابة وحدها وأن تقرير وجود الحاجة إلى إنشاء مثل هذه المسؤولية وإلزام الأصل بدفع التعويض عن أفعال النائب القانوني الضارة من شأن المشرع وحده فهو وحده الذى يوازن بين المصالح المتعارضة وهو وحده الذى يضع الحلول لما يراه مناسباً من الأوضاع .

وإذا كان المشرع الألماني قد رأى أن ينشئ هذه المسؤولية في المادة (٢٧٨) فإنه لم يقم أى نص قانوني منشأ لهذه المسؤولية لا في القانون المدني الفرنسي ولا في القانون المدني المصري . بالإضافة إلى أننا لو وازنا بين المصلحتين

(١) تيسيه — تعليق على فقه فرنسي في ١٥/٦/١٨٩٨

سبى ١٨٩٩ - ١ - ٢٠٩

(٢) راجع فيما سبق الباب الثانى من هذا الكتاب .

(٣) أن التدليس الذى يرتكبه ناظر الوقف مهما كان لا يقيم إلا مسؤوليته الشخصية دون مسؤولية الوقف . استئناف مختلط في ١٥/٤/١٩٤٣ الجريدة القضائية ٥٥ ص ١٣٢ واستئناف مختلط في ٢٩/١٢/١٩٣١ الجازيت ١٩٣٢ رقم ٤ ص ٣٢٩

المتعارضتين القائميتين . بين مصلحة القاصر في عدم المسؤولية وبين مصلحة الطرف الآخر في قيامها، لوجدنا أن العدالة تقضى بتفضيل مصلحة القاصر على مصلحة الطرف الآخر البصير . فيمكن أن نقرر إذن بعدم استطاعة الطرف الآخر الرجوع في حالة النيابة القانونية إلا على النائب القانوني ، وله أن يقاضية ويطالبه شخصياً بالتعويض (١)

المبحث الثاني

مسئولية الأصيل (الموكل) في النيابة الاتفاقية

عن أفعال النائب الاتفاقي (الوكيل) عند فترة تكوين العقد لا خلاف هنا قطعياً فيما يخص دعوى البطلان . بطلان التصرف القانوني الذي أدى إليه فعل الوكيل الخطأ من تدليس أو خطأ. فالموكل مسئول قطعاً عن البطلان إذا صح أن تسمى مثل هذه الحالة بالمسئولية . ولقد قلنا أن أسباب البطلان وأركانها إذا ما اجتمعت يصبح من الواجب تقريره . غير أن الحال في مسؤولية الموكل عن أفعال الوكيل في فترة تكوين العقد أمر دقيق ، ولا بد فيه من التفرقة :

بين حالة خروج الوكيل من حدود الوكالة التي أعطت له من قبل الموكل وبين حالة أساءة استعمال هذه الوكالة . مثال الحالة الأولى كما لو كلف الموكل الوكيل شراء عربة فاشترى بيتاً والثانية فيما لو كلفه ببيع دار فغش الوكيل ، المشتري في بعض أوصافها .

ففي الحالة الأولى يجمع الفقهاء على عدم مسؤولية الموكل عن أفعال وكيله مسؤولية عقدية .

وفي الحالة الثانية يذهب الأستاذ « بيكيه » (٢) و « رينو » (٣) و « ساروك » (٤)

(١) إن أفعال الوصي لا تسرى على القاصر إلا إذا كانت قائمة على مصلحة الوصي الذي يختلس وهو يعمل لحساب القاصر هو المسئول وحده - استئناف - مصر في ١٨٩٤/١/٢ القضاة . ص ٢٩٢ سنة ١٨٩٥ .

(٢) بيكيه المرجع السابق ص ٢٥٥

(٣) رينو ١٢ وما بعدها .

(٤) ساروك ص ١٢٦

ود ليجرو،^(١) ود روبيه،^(٢) إلى القول بأن الموكل يسأل مسؤولية عقدية طبقاً للمبدأ العام في النيابة . وتصبح بذلك مسؤولية هذا الموكل مسؤولية شخصية ويظهر تماماً أن هؤلاء الشراح يفترضون قيام نظرية الخطأ عند تكوين العقد في القانون الفرنسى . ولا أدرى كيف يمكن أن يقال بهذا في هذا القانون . أن كل شارح ليقع في التناقض عندما يزعم أن المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية مع أن العقد — كما هو معروف — غير قائم .

ود ساورك، نفسه ينكر قيام نظرية الخطأ في تكوين العقد . ومع ذلك يجارى هؤلاء الكتاب في رأيهم حول مسؤولية الموكل عن أفعال وكيله على أساس المبدأ العام في النيابة^(٣) .

وعندى أن «مازو» ومن أيده من الفقهاء على حق حينما ينكرون على هؤلاء الفقهاء ذهابهم إلى أن مسؤولية الموكل عن أفعال وكيله يمكن أن تعتبر مسؤولية عقدية^(٤) .

إن هذه المسؤولية العقدية لا يمكن أن تقوم في القانون الفرنسى إلا على عقد صحيح قائم بين الطرفين المتعاقدين . وكل مسؤولية تبنى على غير العقد يجب أن تعتبر مسؤولية خارجة عن نطاق المسؤولية العقدية .

ونحن نرى أن من الواجب أن نتعمق في دراسة المشكلة بإيضاح بعض الأوضاع وردّها إلى أصولها السليمة حتى يمكن أن تتضح معطيات هذه المشكلة فتتضح منها الحلول الواجبة الاتباع .

إن الوكيل لا يعتبر وكيلًا في أى عمل دون تحديد ، وإنما الوكيل هو من يعهد إليه إنجاز عمل قانونى "acte juridique" كإبرام عقد لحساب الموكل . وفي هذه الحالة قد يؤدي ارتكاب الوكيل طرقاً احتيالية ما ، إلى خداع الطرف الآخر ويكون من شأنها أن تسبب إبطال العقد . فإذا ما وصلنا إلى هذه النتيجة فإن

(١) ليجرو ص ١٨١

(٢) روبيه ص ٧٧

(٣) راجع سأروك ص ١٢٩ وما بعدها .

(٤) مازو المرجع السالف المذكور ج ١ ط ١٩٣٨ الثالثة من ١٩٤٣ نبذة ٩٤١ وما بعدها

وخصوصاً ص ٩٤٤ ، ٩٤٥

المسؤولية العقدية ترتفع بإبطال هذا العقد^(١) ويجدر البحث بعد ذلك عن إمكان قيام مسؤولية الموكل طبقاً للمادة (١٧٤/١٣٨٤) باعتباره متبوعاً أو طبقاً للمادة ١٧٣/١٣٨٢ إذا ارتكب المتبوع هو نفسه خطأ يمكن أن يسأل عنه . وهذا هو الحل الصحيح الراهن الذي تقتضيه القواعد العامة في القانون الفرنسى وهو الحل الواجب الاتباع .

وإذا ما أريد إقامة مسؤولية قانونية تعلق على عاتق الموكل عن أفعال وكيله فلا مناص من سند قانونى يقرر هذه المسؤولية بنص صريح . والقضاء الفرنسى يؤيد رأى الواجب الاتباع فى أحكامه^(٢) . أما فيما يتعلق بالوضع فى القانون المصرى الجديد ، بله القديم فإننا نرى أيضاً وجوب تطبيق القواعد العامة فى المسؤولية عن الخطأ التقصيرى : المادتان ١٧٣ - ١٧٤ . فإن أغلب الفقهاء^(٣) ورأيهم الراجح ، يذهبون إلى أن المشرع المدنى المصرى لم يعرف نظرية الخطأ عن تكوين العقد ، بل على العكس لقد اتجه رأى عند تحضير القانون المدنى الجديد إلى إلغائها . وكان المشروع التحضيرى يحمل فيها نصاً ، هو نص المادة ١٤١ روى إلغائه ، وعلل ذلك بأن نظرية الخطأ فى تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها^(٤) . وبالتالي فإن مسؤولية الموكل يجب تؤسس على القواعد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية . والمسؤولية فى حالة النيابة القانونية يجب أن يتحملها الوصى أو القيم ، أو على العموم النائب القانونى وحده^(٥) .

(١) بالنسبة للأحوال التى يرتكب فيها الوكيل أعمالاً تمنع من انعقاد العقد يسرى هذا رأى من باب أولى .

(٢) نقض مدنى ١٦/٥/١٨٩٧ سبرى ١٨٩٨ - ١ - ٥١٠ موبليه ١٦/٦/١٨٩١ تحت نقض عرائض ٢١/١٠/١٨٩٣ سبرى ١٨٩٥ - ١ - ٢٤١

(٣) السهنورى : الوسيط . وتقوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وإذا تولى الغير إياها عن المسئول المفاوضة فى عقد تم قطعت المفاوضة فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر فالمسؤولية عن الغير هنا لا تكون عقدية . وإذا انعقد العقد غير صحيح فإن المسؤولية لا تكون هنا أيضاً مسؤولية عقدية ص ٦٦٥ نبذة ٤٣١ . وراجع بهجت بدوى : الالتزامات ص ٢٦٤ وما بعدها . (٤) الوسيط ص ٥١٠ نبذة ٣١٠

(٥) والقضاء المصرى يقضى دوماً بعدم قيام مسؤولية الموكل العقدية عن أفعال وكيله الضارة وارجع محكمة استئناف مصر ١/٣/٩١١ مجم ص ٦٥ سنة ٢٣

والمسئولية عن فعل التابع في فترة تكوين العقد يجب أن ترجع إلى قواعد المسئولية التقصيرية كذلك .

وينطبق ما قلناه عند دراستنا لمشكلة المسئولية عن فعل الغير عند انتهاء العقد في القانون الألماني ، على القانونين الفرنسي والمصري . فالوضع واحد في جميع هذه القوانين .

ومن دراسة هذين الفصلين السابقين تبين لنا أن المجال الحقيقي والطبيعي للمسئولية العقدية بصورة عامة ، وبالتالي للمسئولية العقدية عن فعل الغير ليس هو في فترة تكوين العقد ولا بعد انتهائه ، وإنما هو فقط في أثناء تنفيذ الالتزام العقدى^(١) .

(١) راجع ستيفانى - المرجع المشار إليه : دروس في المسئولية العقدية والتقصيرية ص ٩٢

الكتاب الثاني

في قواعد تطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير

وسنعالج في هذا الكتاب بحث قواعد تطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير مقسما على الأبواب الأربعة التالية :

- ١ - الباب الأول : في شروط تطبيق المسؤولية العقدية عن فعل الغير .
- ٢ - الباب الثاني : في الحدود الداخلية للمسؤولية العقدية عن فعل الغير من حيث الموضوع .
- ٣ - الباب الثالث : في الحدود الداخلية للمسؤولية العقدية عن فعل الغير من حيث الأشخاص .
- ٤ - الباب الرابع : في كيفية تطبيق هذه المسؤولية على العقود المختلفة :
 - (١) في الإيجار .
 - (٢) عقود المقاولة .
 - (٣) بعض أنواع الوديعة : سكنى الفنادق .
 - (٤) عقود النقل .

الباب الأول

فى شروط تطبيق المسؤولية العقدية عن فعل الغير

يشترط لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير :

١ - جميع شروط المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى باعتبار أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير هى فرع من هذه المسؤولية . ولذلك يجب أن يتوافر لقيامها قيام عقد صحيح بين الدائن الذى أصابه الضرر وبين المدين المسئول . وأن يكون الضرر الذى أصاب الدائن ذا علاقة أو رابطة سببية مع فعل الغير الذى يسأل المدين عنه .

٢ - يجب أن يكون الإخلال بالالتزام نتيجة لخطأ الغير الذى يسأل عنه المدين .

٣ - أن يعهد المدين إلى الغير بأمر تنفيذ الالتزام أو أن يمارس هذا (الغير) حقاً من حقوق المدين برضاه الصريح أو الضمنى .

وسنعالج هذه الشروط كلا على حدة فيما يلى من الفصول الثلاثة :

الفصل الأول

الشرط الأول

قيام الرابطة العقدية بين الدائن والمدين

كشروط لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير

لا صعوبة في تبين قيام الرابطة التعاقدية لنشوء المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذا ما طابق الإيجاب القبول في المجلس الواحد أو إذا ما اتصل قبول القابل بعلم الموجب . ومتى انعقد العقد صحيحاً أمكن القول بإمكان قيام المسؤولية العقدية في أية لحظة بعد نشوءه ، إذا ما أدى الإخلال بالالتزام التعاقدى فيه إلى ضرر . فيشترط إذن أن يكون هناك عقد صحيح نافذ بين الطرفين :

الطرف المتضرر والطرف الذى يسأل عن حصول الضرر . وقد قلنا سابقاً أننا نستبعد فترة تكوين العقد من نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

على أن الأمر ليدق في مناسبتين :

المناسبة الأولى :

حيث يجرى التساؤل في هل أن قيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير مرهون بوجود العقد فحسب . وهل أن هذه المسؤولية تجدد في العقد مصدرها الفريد . أم هل يمكن أن تنشأ هذه المسؤولية من مصدر آخر غير العقد من مصادر الالتزام ؟

المناسبة الثانية :

حيث يجرى التساؤل عن الحالات التى تتنازع الآراء فيها مضمون العقد ومحتواه من التزامات . ونحن نشير بذلك إلى الالتزامات التى توضع على عاتق رب العمل أو متعهدي النقل وتسمى التزامات ضمان السلامة . وتشير مشكلة

يقول د بازولا ، إذا كانت المادة (٥٥) من قانون الالتزامات السويسرى (م ١٧٤) جديد تتعلق بالحالات التى يحصل الضرر فيها نتيجة فعل من أفعال أجنبي لا تربطه بالدائن أية صلة سابقة ، فإن المادة (١٠١) من هذا القانون تفترض قيام علاقة قانونية سابقة بين المدين والدائن ، وفى أغلب هذه الحالات الأخيرة تكون العلاقة علاقة تعاقدية . إلا أن هذا لا يعنى أن هذه المادة تخص فقط أحوال عدم التنفيذ الناتج عن العلاقة التعاقدية . إن المادة (١٠١) كالمادة (٩٧) تدخل فى الفصل الخاص بآثار عدم تنفيذ الالتزامات على العموم فيجب إذن أن تفسر بأنها تشير إلى جميع أحوال عدم تنفيذ الالتزام بصرف النظر عن مصدره .

ويستعير بازولا من د أزور ، أمثلة يشرح بها هذا الرأى فيقول أنه إذا أرسل (١) صديقه (ب) بشىء مستحق التسليم إلى (ح) طبقاً للمادة (٦٢) من القانون السويسرى ، فإذا لم يقم (ب) بتنفيذ هذا الالتزام بالتسليم بقى (١) مسؤولاً عن ذلك أمام (ح) الدائن .

وأنه إذا سرق شخص من آخر شيئاً وأراد أن يرد هذا الشىء المسروق إلى مالكة بواسطة تابع من أتباعه كأبنه أو مستخدم لديه فتألف الشىء بيد الرسول ، فيسأل السارق عن عدم التنفيذ الحاصل بفعل ذلك الرسول .

ويستطرد د بازولا ، قائلاً أن (بارتان) على حق عندما قال أن العلاقة القانونية بين الدائن والمدين عبارة عن حق للدائن إذا كان هذا منظوراً إليه من ناحية شخص المدين ، والقانون إنما يعنى بهذا الحق الناتج عن قيام علاقة التزامية بينهما ، وإذا كان نشوء المسؤولية طبقاً للمادة (١٠١) يغلب أن يأتى عن طريق علاقة التزام تعاقدية إلا أن هذا لا يمنع من دخول حالات أخرى تحت حكم هذه المادة .

ويذهب بازولا إلى القول بوجوب تطبيق هذا الرأى فى القانون الألمانى لأن لفظ (المدين « Le debiteur » يجب أن يشمل جميع الأشخاص الذين أصبحت لهم هذه الصفة بموجب العلاقة الالتزامية القائمة بينهم وبين الدائن ،

وذلك لأن المادة (٢٧٨) قد جاءت تحت فصل آثار الالتزام دون أن تختص بحالات الالتزام التعاقدى نحسب^(١)

ويؤيد (فونك Funk) هذا الرأي حيث يقول : أنه بحسب قيام رابطة الالتزام بين الشخص المسئول وبين المتضرر ، يمكن أن تطبق حكم المادة (١٠١) من القانون السويسرى ، ولا يشترط فى هذه الرابطة أن تنشأ عن عقد بل يمكن أن تنشأ مثلاً عن الأثر بلا سبب أو عن فعل ضار^(٢) .

ويمكن النظر بصورة جدية فى هذا الذى أثاره هؤلاء الفقهاء فيما يخص نطاق تطبيق المواد (٢١٧ مصرى و ٢٧٨ ألمانى و ١٠١ سويسرى) وذلك بعد الذى جاء فى القانون المصرى الجديد من نص المادة ١٩٢^(٣) فإن هذا النص ليقم المسؤولية عن فعل الغير فى حالة الفضالة ، إذ تنص الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه : وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه دون إخلال لرب العمل من الرجوع مباشرة على النائب^(٤) ،

فهل يمكن القول بأن هذا النص هو تطبيق للمادة « ٢١٧ » من القانون المدنى الجديد ؟ وما هى فى الواقع دلالة هذا النص ؟

وفى الحق أن وجود هذا النص ليثير من جديد النزاع الطويل الذى اشتد بين الفقهاء حول نطاق المسؤولية ، وحول مصادر ها ، وحول العلاقة بين هذه المصادر . ويثير التساؤل أيضاً عن طبيعة المسؤولية فى هذه الحالة هل هى

(١) بازولا ص ٤٤ وما بعدها . ويؤيد هذا رأى فى ألمانيا الفقيهان Maag و Tuhr بالإضافة إلى Fick و oser . انظر نفس المرجع نفس الصفحة .
(٢) فونك - المرجع المشار إليه سابقاً ص ٨٥ وبازولا ص ٤٤
(٣) أخذ نص هذه الفقرة عن القانون الألمانى المادة ١٨٩٠ ولم ينس القانونين الألمانى والسويسرى ولا القانون الفرنسى على هذه الحالة .

(٤) يؤخذ على المشرع المصرى استعماله للفظ النائب . فلقد سبق وأوضحنا أن النائب واحد من جملة الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى وليس هو الشخص الوحيد المسئول . وإذا كان ليس من المقول القول بقصر المسؤولية عن أفعال الغير على النائب وحده فقد كان من مقتضى ذلك أن يستعمل المشرع المصرى لفظاً يسع بحسب منطلق القانون ، الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى مسئولية من فعل الغير .

مسئولية عقدية ؟ هل هي مسؤولية تقصيرية ؟ أم هل هي مسؤولية قانونية ؟ نستطيع أن نقرر دون أن نخوض في معمعة الجدل الفقهي في هذا الشأن ، أن هذا النص لا علاقة له بالمسئولية التقصيرية . وقد أشارت الأعمال التحضيرية للقانون الجديد إلى ذلك ، وقالت إن اشتراط التضامن بين الفضولين جاء نتيجة لأن المسئولية ليست مسؤولية تقصيرية . إذ لو كان الأمر كذلك لما كان المشرع في حاجة إلى النص عليه ، وهذا ما يذهب إليه الأستاذ الدكتور السهنورى .

ونستطيع أن نقرر كذلك أن هذه المسئولية ليست مسؤولية عقدية ، فالمسئولية العقدية تجدد في العقد مصدرها الفريد .

ولذلك لا مناص بأن نقول أن مصدر هذه المسئولية المباشر هو القانون ، فالقانون هو الذى يرتب الالتزامات مباشرة فى ذمة الفضولى ، وهو الذى يلقى على عاتقه عبء هذه المسئولية عن فعل الغير .

وعندى أنه إذا صح الأخذ بما يقول به بازولا من وجوب شمول المادة ١٠١ من القانون السويسرى والمادة ٢٧٨ من القانون الألمانى لأحوال المسئولية التى تنشأ عن مصدر آخر من مصادر الالتزام ، فإن هذا لا يمكن الأخذ به فى مصر بالنظر إلى صياغة المادة ٢١٧ حيث يبدو من ظاهر هذه المادة اقتصرها على حالات المسئولية الناشئة من الالتزام التعاقدى ، وهذا وجه آخر من أوجه قصور هذه المادة .

ونخلص من كل ذلك أن تطبيق المادة ٢١٧ لا يشمل أحوال عدم تنفيذ الالتزامات التى لا تجدد فى العقد مصدرها^(١) .

(١) وتوضح هذه المسألة ما سبق أن أشرنا إليه من أننا نعتبر وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير أقرب إلى الضمان منه إلى أى وضع آخر ، وتؤيد ما قلناه من أننا من الذين يذهبون إلى رد مصدر المسئولية فى هذه الحالة على الخصوص إلى القانون مباشرة ، وتوضح كذلك ما سبق أن تعرضنا إليه من أن العقد وسائر مصادر الالتزام الأخرى عبارة عن « ظروف مناسبة » يجد الشارع فيها نفسه ملزماً ببيان أحكام المسئولية . فالمسئولية عقدية لأنها وجدت (بمناسبة) العقد وهى تقصيرية لأنها وجدت (بمناسبة) التقصير وهكذا الأمر فيما يتعلق بسائر مصادر الالتزام الأخرى .

الفرع الثاني

اشتغال العقد على التزام لم يتم الوفاء به

من المعلوم أن العقد قد يثنى التزامات بعضها رئيس والبعض الآخر تبعي. ولا صعوبة في أمر تحديد المسؤولية العقدية عند ما نواجه التزاماً صريحاً في العقد وظاهراً فيه ، أو حتى عند ما نكون أمام التزام تبعي ناشئ عن العقد ومتصل اتصالاً ظاهراً بالالتزام الأصلي ، بحسب القواعد المكملّة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين ، أو بحكم قواعد العرف والعادة .

غير أن بعض العقود ، كعقد العمل أو كعقد النقل أثارت نزاعاً من حيث احتوائهما على التزامات تبعية وضمنية متضمنة سلامة العامل في العقد الأول ، أو المنقول في العقد الثاني . وهنا يتسع نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير أو يضيق بمقدار ما تتسع له هذه العقود من هذه الالتزامات أو بمقدار ما تضيق عنه . يحدث هذا غالباً عند ما تقع حوادث تصيب أحد المتعاقدين بالضرر في أثناء تنفيذ الالتزام التعاقدى أو بمناسبة . فهل يمكن اعتبار المتعاقد الآخر مسؤولاً قبل من ناله الضرر مسؤولية عقدية ؟

كل المشكلة كما يقول الأستاذان « مازو » هي في معرفة ما إذا كان هناك التزام بضمان سلامة المتعاقد في ذات العقد أم لا^(١).

وقد بحثت مشكلة الالتزام بضمان السلامة في عقود مختلفة كعقد النقل بنوعيه : نقل الأشياء ونقل الأشخاص وعقد العمل وعقد التعليم وفي عقود ألعاب التسلية وفي عقد الإقامة في الفنادق والحانات وعقد العلاج الطبي وفي الجالوس في المقاهي والاختلاف إلى دور السينما والملاهي . وقد اختلف الفقه والقضاء حول مضمون هذه العقود وهل تحتوى على التزامات بضمان السلامة أم لا : سلامة الأشخاص أو سلامة الأموال .

وقد فرغ من مسألة نقل الأشياء فأقرت التشريعات وجود هذا الالتزام بالضمان على الناقل .

» (١) راجع مازو - ١ ص ١٥٧ وما بعدها .

وبالنسبة لعقد نقل الأشخاص استقر القضاء الفرنسى على وجود مثل هذا الالتزام ، وأصبح هذا أيضاً اتجاه القضاء والفقه فى مصر^(١) .

أما فى عقد العمل فبعد صدور قانون العمل فى فرنسا لسنة ١٨٩٨ وقانون العمل فى مصر لسنة ١٩٣٦ أصبحت المناقشة تاريخية وأمكن اعتبار المسؤولية مسئولية قانونية^(٢) .

وظلت المحاكم فى فرنسا على اختلاف فيما يتعلق بعقود التعليم إلا أن الراجح فى فرنسا هو أن مسؤولية المتعهدين بتعليم الأولاد فى المدارس وفى المعاهد عبارة عن مسئولية تقصيرية إلا إذا وجد عقد تعليم بأجرة^(٣) .

وجرى القضاء الفرنسى فى ألعاب التسلية «Jeux forains» على نفس القاعدة .
وجرى أيضاً على اعتبار مسؤولية أصحاب الفنادق والحانات عن الأضرار التى تلحق شخص النزىل ومسؤولية الأطباء عن الأضرار التى تلحق المريض مسئولية عقدية .

أما فى مصر فالأحكام متضاربة فى هذا الخصوص ، وإن كان الفقه يميل إلى الأخذ بالمسؤولية العقدية^(٤) .

وتتضارب أحكام القضاء الفرنسى والمصرى فى مسؤولية أصحاب المقاهى والمطاعم ودور السينما^(٥) . والمسألة تحكمها بعد كل هذا وقائع كل دعوى . وهذا هو سر اضطراب الأحكام عند خلو النص من الإشارة إلى طبيعة المسؤولية فى مثل هذه الحالات .

(١) راجع الوسيط هامش ص ٧٥٦

(٢) حل عملة القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠

(٣) راجع مصطفى صرعى ، المسؤولية المدنية ص ١٦

(٤) راجع الوسيط ص ٨٩٣ وما بعدها . وراجع فى تفصيل كل ذلك ما زو - ١ ص ١٥٧ وما بعدها فى مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية نقض فرنسى فى ١٨ / ١ / ١٩٣٨ سبرى ١٩٣٩ - ١ - ٢٠١ وفى ١٩٣٩/٩/٢٧ سبرى ١٩٤٠ - ٢ - ١٢٣٨ ونقض صرائض فى ٢٩ / ١٠ / ١٩٤٦ ، ١٢ / ١٢ / ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٧ - ١ - ٥٧ ونقض مصرى ٩٣٦ / ٥ / ٢١ وتعليق سليمان صرعى من مجلة القانون والاقتصاد السنة ٧ العدد الأول ص ١٥٥

(٥) راجع فى تفصيل ذلك ستيفانى - دروس فى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية المرجع المهار إليه السالف الذر ص ٦٠ وما بعدها . وفى النسخة حكمت محكمة فىنا بأن صاحب المقهى لا يمكن أن يشبه صاحب الفندق من ناحية المسؤولية عن أمتعة الزبون (جازيت المحاكم ١٩١١ ص ٢٢) .

ومن هنا يبدو ما لمسألة تحديد مضمون العقد ، وما يحتوى عليه من الترامات بضمان سلامة المتعاقدين من أثر في تحديد أو تطبيق قواعد المسؤولية العقدية .

ففي كل الأحوال التي يمكن فيها اكتشاف مثل هذا الالتزام في عقد من تلك العقود ، يمكن النظر في انطباق قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير عندما يرجع الفعل الضار الذي سبب الضرر بعدم تنفيذ ذلك الالتزام إلى فعل « الغير » ، فمن يسأل عنه المتعاقد . وعلى العكس إذا انتفى هذا الالتزام في أحد تلك العقود فلا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، بل يجب الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية .

الفصل الثانى

الشرط الثانى

وجوب ارتكاب الغير للخطأ العقدى
مع تجرد المتعاقد نفسه من ارتكاب أى خطأ
قد يشترك فى عدم تنفيذ الالتزام

لقد أشرنا فيما سلف إلى أن ما يميز المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى هو أن المسؤولية الأولى تقوم بمجرد من خطأ المتعاقد نفسه مبدئية على خطأ الغير الذى يسأل عنه هذا المتعاقد . ولهذا السبب فإن الأخير لا يمكنه أن يتخلص من عبء تلك المسؤولية بإثبات أنه لم يخطئ فى حالة ما إذا ثبت خطأ الشخص الذى يسأل عنه^(١) .

ونحب أن نلفت النظر هنا إلى أننا نقصد من اشتراط عدم ارتكاب المدين نفسه للخطأ التعاقدى هو أن يقع عدم تنفيذ الالتزام بفعل الغير . فنحن لازلنا نعتقد أن الخطأ فى المسؤولية العقدية هو عدم التنفيذ فحسب . وإذا قيل بأن الاعتراف بهذا يؤدى إلى نفي المسؤولية العقدية عن فعل الغير ما دام الخطأ هو مطلق عدم التنفيذ . إلا أننا نستطيع أن نرد بأن هناك فرقاً بين حصول عدم التنفيذ من قبل نفس المدين وبين حصوله من شخص آخر من يسأل عنه طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

فلو فرضنا أن زائراً للمستأجر أو صديقاً له قدم إليه فى بيته وأتى عملاً أدى إلى الإضرار بالمأجور ، فهل يسأل المستأجر طبقاً لمبدأ المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى أم يسأل على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير ؟ .

(١) راجع مقدمة الرسالة ص ٢٦ وما بعدها .

إننا لا نشك في أن المستأجر يجب أن يسأل على أساس المبدأ الأخير .
أن حصول الإخلال بالالتزام على الصورة التي نراها في هذا المثال تؤدي
إلى وقوع عدم التنفيذ . ولكننا نرى أنها قد تقطع النسبة بين الضرر وفعل
المدين ، ولا يمكن أن يقال دون قيام مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، بمسؤولية
المدين العقدية على أساس من المواد التي يقوم عليها مبدأ المسؤولية العقدية عن
الفعل الشخصي .

وقد بينا عند كلامنا على ماهية الخطأ أن معيار الرجل المتوسط الحرص
يلعب دوره في تقدير عناصر القوة القاهرة التي تجتمع في عدم القدرة على توقع
فعل الغير الذي يسبب عدم التنفيذ وفي عدم إمكان دفع الفعل عند وقوعه .
وفي رأينا أن المدين المستأجر إذا ما حصل فعل الإخلال ، بحسب المثال الذي
قدمناه ، قد لا يمكنه أن يتوقع على المعنى الفني الدقيق للتوقع حصول هذا
الفعل . وبالتالي قد لا يمكن اعتبار فعل الغير أجنياً عنه ما لم يقف في سبيل هذا
مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير الذي بموجبه يفرض الضمان على المدين
لمصلحة الدائن عن أفعال من تربطه معه علاقة معينة . وبهذا وحده يمكن القول
باعتبار أفعال هؤلاء « الغير » الذين يسأل عنهم المدين كأفعاله الشخصية من
ناحية تحقق المسؤولية العقدية .

هذا مع الإشارة إلى أنه من الناحية العملية يظهر الفارق بين عدم التنفيذ
الذي يقع من نفس شخص المدين ، وعدم التنفيذ الذي يقع من شخص آخر غيره
على الأخص فيما يتعلق باشتراط الإعفاء من المسؤولية الذي أشارت إليه
المادة (٢١٧) بصراحة .

وإذا لم تكن الصعوبة ظاهرة في عدم اشتراطنا لخطأ المدين كسبب
للمسؤولية ، فإن الصعوبة قد ظهرت بشكل جلي بالنسبة لاشتراط خطأ التابع
أو خطأ الشخص الذي يسأل عنه المدين على وجه العموم .
ولذلك سنتكلم عن كل من هاتين المسألتين على انفراد .

أولاً — عدم ارتكاب المدين للخطأ العقدي :

لا جدال في أن المدين إذا ارتكب هو نفسه خطأ عقدياً في تنفيذ الالتزام العقدي فإنه لا توجد ضرورة لبحث مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذ أننا في الواقع نقف أمام مشكلة المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي كما سبق أن أشرنا إلى ذلك مراراً .

وقد يتحقق خطأ المتعاقد حينما يعهد بتنفيذ التزامه إلى الغير متجاوزاً ما ينص عليه العقد من عدم السماح له بذلك ، أو أن يخالف حكم القانون الذي يمنع رجوعه إلى الغير .

وقد يشترك المتعاقد بخطئه مع الغير الذي يساعده في تنفيذ الالتزام إذا ما تعاونوا سوياً على تنفيذه . وقد يشترك المتعاقد في الخطأ مع بديله إذا ما توقع منه حصول عدم التنفيذ ، أو إذا لم يراقبه مراقبة فعالة حازمة طبقاً لما يقتضيه واجب حسن النية ، أو بأن يعهد إلى أحد الأشخاص بتنفيذ الالتزام وهو لا يصلح لهذه المهمة .

ويحكم القضاء على الدوام بأن المستأجر وأصحاب الفنادق والخانات يسألون عن أفعال من ذكرناهم وأشارت إليهم المادتان السالفتي الذكر ، حتى لو صح أنهم لم يتوقعوا ولا كان في استطاعتهم أن يتوقعوا حصول الضرر بفعل من يسألون عنهم^(١) .

غير أن الأستاذين « مازو » حاولا كما سبق أن أشرنا إلى ذلك — أن يخرجوا عن وضع مسؤولية المستأجر عن أفعال من يوجدون في منزله فيسببون عدم تنفيذ الالتزام بحفظ المأجور طبقاً للمادة (١٧٣٥ ف/ ٥٨٢ مصري) ، ووضع مسؤولية أصحاب الفنادق والخانات عن أفعال المترددين على هذه المحلات طبقاً للمادة (١٩٥٣ ف / ٧٢٧ مصري) ، من نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

فيقول الأستاذان « مازو » ، أن هاتين الحالتين هما من حالات المبدأ العام

(١) راجع الدكتور سليمان مرقص رسالة القاهرة المرجع السالف الذكر ص ٤١٤

في المسؤولية عن الفعل الشخصى . حيث أنه يمكن للمستأجر أن يتوقع حصول الضرر بأفعال من يوجدون في المحل المأجور . ويمكن لأصحاب الفنادق أن يتوقعوا حصول الضرر من أفعال المترددين على محلاتهم ، وأنهم بمراقبة حازمة منهم لؤلاء يمكنهم أن يمنعوا وقوع تلك الأضرار^(١).

على أن هذا رأى لا يقوم — فيما نعتقد — على أساس سليم . ذلك لأنه يؤدي إلى الإفراط في فهم معنى التوقع . وينبنى عليه إمكان القول بأن المدين في كل الأحوال التي يرجع فيها إلى الغير ليساعده في التنفيذ أو ليحل محله فيه ، يستطيع أن يتوقع حصول الضرر ، كما أشرنا إلى ذلك غير مرة .

ومن جهة أخرى قد يؤدي هذا القول من الناحية المنطقية على الأقل ، إلى براءة المدين وتخلصه من عبء المسؤولية في حالة ما إذا استطاع أن يثبت قيامه بواجب المراقبة الحازمة ، أو إذا استطاع أن يثبت عدم استطاعته توقع حصول الضرر بفعل من سببه بمن يسأل عنهم ؛ وهذا ما يخالف ما اتفق عليه من أنه لا يجوز مطلقاً للمدين أن يتخلص من عبء المسؤولية . وينطبق هذا حتى على المواد الآتفة الذكر^(٢) .

وقد يصح رأى الأستاذين « مازو » لو تصورنا إمكان القول باستطاعة المستأجر أن يتوقع — بالمعنى الفنى الاصطلاحي للكلمة — عندما يأتي لزيارته ضيف في منزله ويشعل النار بإهمال فيه ، أن يحصل ما حصل !

غير أنه يمكننا أن نفسر بوضوح لماذا يصير الأستاذان « مازو » على إخراج هذين الوضعين من دائرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ذلك أنهما كانا قد أقاما مبدأ هذه المسؤولية على أساس « النياية » ، وأن الحالتين المشار إليهما في المادتين السالفتي الذكر ، بما لا يسعقهما الأساس فيهما باصطناعه . ولهذا لجأ إلى إخراجهما من نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

(١) مازو : جزء ١ ص ٩٦٩ — ٩٧٠ نبذة ٩٧٦

(٢) حكمت محكمة النقض الفرنسية في الدائرة المدنية بتاريخ ١٣ / ١٢ / ١٩٢٧ (دالوز ١٩٢٨ — ٩ — ٩٩) بأن المستأجر يكون مسئولاً قبل المؤجر عن كافة الأضرار التي تنال المأجور ... حتى ولو كان المستأجر غير مستطيع أن يتوقع حصول الضرر بفعل أ ل منزله .

ثانياً — خطأ الغير في أثناء تنفيذ أو قيام الالتزام العقدي :

من جملة المسائل الشائكة التي كثر فيها الأخذ والرد مسألة تطلب الخطأ في فعل الغير لقيام المسؤولية العقدية قبل المدين .

هل يسأل المدين عند عدم تنفيذ التزامه التعاقدى بفعل الغير عن هذا الفعل مهما كانت صفته أم يشترط أن يكون فعلاً خاطئاً ؟ .

أشارت التشريعات التي ورد فيها النص العام الذي يحكم المسؤولية العقدية عن فعل الغير إلى ضرورة خطأ التابع صراحة ولم يشذ عن ذلك سوى القانون السويسري ، وهذا ما أثار بعض الجدل في سويسرا .

ففي ألمانيا نصت المادة (٢٧٨) على أن المدين يسأل عن خطأ نائبه الشرعي وخطأ الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ تعهده كما لو كان ذلك تقصيره الشخصي (١) .

وتنص المادتان (٢٤٣) من قانون الالتزامات المراكشي و (٢٤٥) من قانون الالتزامات التونسي : على أن المدين يسأل بنفس الشروط التي يمكن أن يسأل عنها بسبب من خطئه الشخصي .

أما الوضع في سويسرا فمختلف . فلقد كانت المادة (١١٥) من القانون المدني السويسري لعام ١٨٨١ تنص على اشتراط الخطأ في فعل الغير صراحة كشرط لقيام مسؤولية المدين العقدية : أن المدين يسأل عن الخطأ الذي يرتكبه أعضاء أسرته الذين هم تحت سلطته وعن عماله ومستخدميه . . .

وعند ما نقح هذا القانون بقانون الالتزامات السويسري في عام ١٩١٢ جاءت المادة (١٠١) على هذه الصورة : كل من يعهد ولو بصورة شرعية إلى معاونيه كأهل منزله أو مستخدميه بأمر تنفيذ تعهداته أو مباشرة حقوقه

Lé débiteur doit répondre de la faute de son représentant légal (١) et de celle des personnes dont il se sert pour l'exécution de son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle. "article 278." Code Allemand.

قبل مدينيه ، كان مسئولا قبل الطرف الآخر عما قد يقع من ضرر أثناء تأدية وظيفتهم . . .

« والظاهر من هذا النص أن المادة الجديدة قد أسقطت من حسابها اشتراط خطأ التابع (الغير) كشرط لقيام مسؤولية المدين . وهذا ما ذهب إليه كل من Oser و Hertner ^(١) . إلا أن بقية الشراح يذهبون إلى تفسير هذا النص طبقاً للمادة (١١٥) القديمة ومن هؤلاء « Schneider et Fick » ^(٢) و « Maag » ^(٣) و « Von Tuhr » وهو أشد معارض للتفسير الذي قيل به من عدم اشتراط خطأ الغير . وهو يقول بأن الإسقاط جاء نتيجة خطأ في صياغة المادة (١٠١) وهو يتساءل قائلاً : أن متعهد النقل الذي يعهد إلى سائقه أو تابعه بنقل البضاعة مثلاً هل يسأل مسؤولية مادية بقطع النظر عن الخطأ وجوداً وعدماً في حين أنه لا يسأل دون خطأ لو كان هو الذي قاد العربّة بنفسه ، والطبيب الذي يحقن مريضاً بمخدر الكلو فورم لا يسأل إذا أثبت أنه لم يخطئ فنياً في إعطاء الحقنة فلماذا يسأل عن الفعل غير الخطأ الذي يرتكبه مساعدته إذا قام بنفس العملية ؟ ^(٤) . ويحاول « بازولا » الخروج من هذا المأزق الذي أدت إليه صياغة المادة الجديدة فيقول : أنه يمكن أن نوفق بين ما يريد « Von Tuhr » وبين النص الجديد وذلك عن طريق تقديرنا لعناصر فعل الغير تقديرأ موضوعياً لا تقديرأ شخصياً . ونسوق أدناه نص عباراته :

« في الواقع يجب اعتبار أحكام كهذه خاطئة ومخالفة للعدالة ^(٥) ولكن هل لا يمكن اجتنابها فيما يتعلق بالنطاق الخاص لتطبيق المادة ١٠١ ألا يتطلب خطأ التابع ؟

يجب أن نجيب على هاتين المسألتين بالنفي .

(١) مشار إليهما في « بازولا » ص ٨٨

(٢) المرجع المشار إليه سابقاً في شرح المادة ١٠١

(٣) مشار إليه في « بازولا » ص ٨٨

(٤) مذكور في « بازولا » أيضاً ص ٨٨

(٥) الأحكام غير العادلة هي ما أشار إليها فون توير بصدد مسؤولية المدين من الأفعال المادية للتابع دون اشتراط الخطأ فيها ، والأمثلة التي قدمها في مسؤولية كل من الناقل والطبيب التي أشرنا إليها أعلاه في المتن .

إن المبدأ الذى يضعه فون توهر "Von tuhr" والذى يقضى بالأبى مبرر لمساءلة المدين عن فعل التابع إذا كان هذا الفعل لو ارتكب بواسطته هو لما أدى إلى مسئوليته . " إن هذا المبدأ كما سنرى لاحقاً ليس مما يتنافر على الإطلاق والمادة المذكورة ، وإنه لا يشترط لتحقيقه بالضرورة اشتراط خطأ التابع كشرط لقيام مسؤولية المدين .

ولنلاحظ أننا بربطنا للمسئولية بتطلب خطأ من جانب التابع إنما نقر بالتالى عدم مسؤولية المدين فى كل الأحوال التى يبدى فيها التابع عناية عادية فى انجازه الالتزام . وأن تقدير هذه العناية يجب أن يقوم على أساس قواعد موضوعية تأخذ بنظر الاعتبار ليس فقط الفعل الذى كان موضوع التنفيذ وإنما — وهذا ما نحب أن نستنتجه — مهنة ومعلومات التابع أيضاً ، كما أن لأهلية التمييز عند التابع أهمية أخرى من وجهة النظر الموضوعية ، عند البحث فى قيام مسؤولية المدين .

والخلاصة أن المسألة فى معرفة ما إذا كان هناك خطأ فى جانب التابع يجب أن يتحقق منها بالنظر إلى ظروفه الشخصية فقط . وينتج من هذا أنه يمكن فى بعض الأحوال القول بعدم ارتكاب التابع للخطأ عند تنفيذ الالتزام وبقيام مسؤولية المدين رغمًا عن ذلك ، لأنه لو كان نفسه هو الذى قام بالتنفيذ لما ارتكب ما ارتكبه التابع نظراً للفارق بينهما فى الأهلية والتمييز .

وبالتالى فقد يبدو القول بأن المدين لا يسأل إلا عن خطأ التابع أشد على الدائن فى بعض الأحوال ، لأنه قد يؤدى إلى وضعه ، فى الحالات التى يوجد الفارق بين أهلية التابع والمدين ، فى وضع أسوأ إذا ما حصل التنفيذ بفعل التابع ، مما لو حصل التنفيذ بفعل المدين .

ويستطرد بازولا إلى القول " بأن هذه النتيجة التى استنتجتها لا يمكن أن تكون مخالفة للعدالة " . ولكنه يرى مع ذلك أن فى محاولة التخلص منها ، باشتراط الخطأ فى فعل التابع ، لا يصل المرء أيضاً إلى قاعدة خرقاء "absourde" . ولذلك فهو يرى تطبيق مانصت عليه المادة ١٠١ طبقاً للبدا القائل بأنه

— فى الأصل — ما من براءة تصيب التابع محكومة طبقاً لظروفه الشخصية الخاصة به وحده ، يمكن أن يستفيد المدين منها شيئاً^(١) .

أما فيما يتعلق بالحالة فى القانون الفرنسى فقد اختلف رأى الفقهاء فى ذلك . ذهب الأساتذة بيكيه ورينو وأميو "Amiot" و "Meignié" وسأورك^(٢) وبران "Brun" إلى القول بكفاية فعل الغير مهما كانت صفته لقيام مسؤولية المدين العقدية .

ويشترط الأساتذة « مازو » وديموج وبلانيول وريير واسمان وبهجت بدوى ودوى فور وفرارا "Farrara"^(٣) قيام فعل الغير الخطأ لنشوء هذه المسؤولية .

وفى الحقيقة أن نصوص القانون المدنى الفرنسى لم تساعد على حل هذه المسألة . فالمادة (١٢٤٥) تتطلب « خطأ » الغير كشرط للمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، والمواد ١٧٣٥ ، ١٧٩٧ ، والمادة ٩٤ من القانون التجارى وكذلك المادة ٢١٦ من هذا القانون تتكلم عن « فعل » المعاون والمستخدم والناقل والوسيط والربان .

ويقول بيكيه « نحن نميل إلى الاعتقاد بأن المدين يسأل حتى عن أفعال المستخدم والمعاون 'auxiliaire' غير الخطأ ، فإن أفعال هؤلاء لا تعتبر حوادث فجائية بالنسبة للمدين ، لأن الفعل مهما كانت صفته ليس فعلاً أجنبياً بالنظر لهذا الأخير ، وذلك طبقاً للمادة ١١٤٧ من القانون الفرنسى . وهو ما يوافق عليه سأورك أيضاً والدكتور سليمان مرقص وحسين عامر^(٤) .

(١) بازولا ص ٨٨ — ٨٩

(٢) سأورك ص ١١٣ وما بعدها . بيكيه ٣٠٣ ورينو ص ٨٥ وبران ص ٤٦ وآميو ص ١٠٣ وما بعدها . والدكتور سليمان مرقص رسالة القاهرة ص ٤١٥

(٣) مشار إليه فى بيكيه ص ٣٠٦ ومازو ص ٩٧٧ جزء ١ ط ٣ وديموج جزء ٤ ص ٦٣٣ وبهجت بدوى رسالة باريس ص ١٨٠ . وفى مصر يظهر أن الدكتور السهورى من هذا رأى أيضاً . انظر الوسيط ص ٤٦٩ بند ٤٣٣

(٤) سأورك ص ١١٣ وما بعدها وسامان مرقص : نظرية دفع المسؤولية المدنية المرجع المشار إليه سالفاً ص ٤١٦ وحسين عامر المرجع المشار إليه سالفاً ص ١٩١

على أننا لا نحاول أن نعيد الكرة هنا، ونكتفى بالإحالة إلى ما قلناه في الرد على هذه النظرية عند كلامنا في الأساس القانوني للمسئولية العقدية عن فعل الغير^(١) فنحن وإن اتفقنا مع هؤلاء الشراح في النتيجة إلا أننا نخالفهم في التعليل .

أما «رينو» فيقيم وجهة نظره على أساس نظريته في الضمان الضمني . فبما أن المدين قد ضمن أفعال الغير فإنه يلزم أن يكون قد ضمن هذه الأفعال ضماناً كاملاً تاماً ولذلك يسأل عن هذه الأفعال حتى عن تلك التي سلت من الخطأ^(٢) .

ويرى بران "Brun" أن المدين قد تحمل التبعة العقدية ، وتحمل تبعة فعل الغير . فيجب أن يسأل إذن عن جميع أفعال هذا الأخير^(٣) .

ولقد أقمنا الدليل عند كلامنا عن الأساس القانوني على خطأ تفسير المادة ١١٤٧ من القانون الفرنسي على نحو ما فسرته به ، وقلنا إن من شروط إن من شروط المسئولية العقدية توافر ركن الخطأ كركن أصيل فيها ، وبما أن المسئولية العقدية عن فعل الغير فرع منها فيجب أن يتوافر فيها ركن الخطأ ، وأننا إذا كنا قد ألقينا على المدين ضمان خطأ الغير ، فإننا لم نجرد المسئولية العقدية عن فعل الغير من ركن الخطأ ، وهذا لا يقدر بالطبع من اشتراط ارتكابه من قبل الغير الذي يسأل عنه المدين .

أما القول بتحميل المدين لتبعة العقد ، فيبدو لنا أنه كلام لا معنى له على الإطلاق ، على الخصوص في كل التشريعات التي لا تأخذ بنظرية عامة في المسئولية العقدية عن فعل الغير ، والتي لا تأخذ بنظرية عامة في تحمل التبعة . يبقى القول بالضمان . وأنه وإن بدا من الصواب القول بأن المدين قد ضمن أفعال الغير في المسئولية العقدية عن فعل الغير ، إلا أن هذا الضمان كما بينا ليس ضماناً تعاقدياً

(١) راجع الكتاب الأول ص ٨٣ وما بعدها .

(٢) رينوه المرجع المشار إليه سابقاً ص ٨٤ - ٨٥ .

(٣) بران ص ٤٦ المرجع المشار إليه .

بل هو ضمان قانونى ، والقانون نفسه هو الذى يحدد طبيعة هذا الضمان ومداه ونطاق شموله، والقانون الألمانى قد نص صراحة وهو يضع المبدأ العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير على اشتراط ركن الخطأ فى هذه المسؤولية .

ويؤيد الأستاذان « مازو » اشتراط ركن الخطأ فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وقد ذكرا بأن المشرع الفرنسى يستعمل اصطلاح « فعل » المدين واصطلاح « خطأ » المدين فى معنى واحد هو المعنى الأخير ، ولكنهما من جهة أخرى قد حاول رفع التناقض بنظرية تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة .

أما فيما يتعلق بالوضع فى القانون المدينى الجديد فإن النص الذى جاء بشيراً بميلاد مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير فى القانون المصرى ، لم يكن مع الأسف إلا نصاً يعرض للمبدأ عن طريق التفسير بمفهوم المخالفة ، ولذلك لا يمكن الرجوع إليه فى حكم قطعى فى هذه المسألة اللهم إلا إذا أخذنا بالمفهوم المخالف كما هو فيمكننا القول بأن القانون يشير إلى اشتراط الخطأ كركن فى هذه المسؤولية (١) .

ويلاحظ أنه يمكن القول بأن الدكتور السنهورى يذهب مذهب مازو فى هذا الخصوص عند تفسيره للنص المذكور (٢) .

وعندى أنه إذا فرغنا من بحث مشكلة التنفيذ العيني حتى فى حالة عدم حصول التنفيذ بفعل الغير ، ولم يمكن مع ذلك الوصول إلى التنفيذ بشكل ما وتجددت المسألة بالتعويض — فحسب . فهنا يجب أن نقرر أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذا كانت استثناء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى ، فإن هذا الاستثناء هو استثناء يقيم وفريد يتحدد بناحية واحدة : هى عدم اشتراط الخطأ فى جانب المدين نفسه . وهذا لا يقدر فى ضمان المدين لأخطاء — الغير —

(١) يقول نص المادة ٢١٧ على أنه يجوز الاتفاق على إهفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

(٢) الوسيط ص ٦٧١ نبذ (٤٣٥)

فحسب . على أن لا يؤخذ هذا الشرط كقاعدة جامدة كما يقول (بازولا) . وفي الحق ما قدمه بازولا ليصح معياراً يمكن أن يحدد من قيمة اشتراط الخطأ من ناحيه ، ويمكن أن يحدد كذلك من إفراط من يذهب إلى وجوب مسألة المدين عن أفعال الغير بصفة مطلقة .

فنحن نشترط إذن أن يرتكب الغير الخطأ . ولكن ما هو هذا الخطأ الذي يلزم أن يأتيه الغير كشرط لقيام مسؤولية المدين العقدية .

ما من شك بعد في أن خطأ الغير يجب أن يقاس بنفس المقياس الذي يقاس به خطأ المدين نفسه .. وما خطأ الغير في هذه الحالة سوى عدم تنفيذه للالتزام الذي ارتبط به المدين لصالح الدائن . وإذا ما حصل عدم التنفيذ ، فقد وقع الخطأ الذي تنشأ على أساسه المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ولا يمكن للمدين يتخلص من عبء المسؤولية إلا إذا أثبت انقطاع النسبة بين فعل ذلك الغير وبين الضرر الذي أصاب المدين ، وذلك عن طريق إثبات السبب الأجنبي .

ويلبني على ذلك أنه إذا فقد التابع العقل في أثناء تنفيذه للالتزام ، وأدى هذا إلى عدم التنفيذ أو إلى سوء هذا التنفيذ ، فلا يمكن أن يسأل المدين عن فعل هذا الغير ، لأنه لا يمكن — مسائلة المدين نفسه في هذه الحالة لو كان هو الذي قام بالتنفيذ وأصابه ما أصاب الغير .

وكذلك الأمر فيما لو كان (الغير) يتصرف في حدود الدفاع الشرعي فلا يسأل المدين عن عدم التنفيذ . فإذا كان مساعد المدين قد أتلّف شيئاً مملوكاً للدائن ليدفع خطراً حالاً عن نفسه قد يصيبه ، فلا يمكن أن يحكم على المدين بتعويض لحساب الدائن المالك . ويقدم (بازولا) هذا المثال : صاحب محل لأدوات الموسيقى سلم إليه (كان) ثمين لتصليحه ، فاستخدم عاملاً لذلك وأرسله إلى صاحبه معه . اضطر العامل إلى كسر الكمان ، وذلك في أثناء دفاعه عن نفسه ضد قاطع طريق . فلا يمكن أن تشور هنا مسؤولية المتعاقد قبل المالك عن فعل العامل (١)

(١) راجع بازولا ص ٧٤ وما بعدها المرجع المشار إليه سابقاً .

ولكن قد يطرأ على هذا الرأى فى الحياة العملية ما يخفف منه . ومثال ذلك ما لو تعاقد — شخص أقام فى داره ، احتفالاً ، بمناسبة ما ، مع صاحب محلات للحلوى على أن يورده فى هذه المناسبة مقداراً منها . أرسل صاحب المحل الأشياء المطلوبة فى الوقت المحدد . وبعد أن حسب حساب كل شئ لى اتصل فيه مع عامل من عمال المحل . فى الطريق إلى دار المحتفل أبصر عامل المحل شخصاً غريقاً يجاهد فى سبيل النجاة فترك الحمولات جانباً وأنقذ الغريق وسار فى طريقه نحو الاحتفال فبلغ الدار بعد فوات الأوان . أقام المتعاقد دعوى ضد صاحب المحل الحلوانى يطالب — بالتعويض عن التأخير الذى فوت عليه فائدة التنفيذ . لا أعتقد أن أحداً يستطيع القول بمسئولية الحلوانى عن التعويض فى هذه الحالة إلا إذا أراد أن يركب متن التصعيب .

وقد يميل بعض الفقهاء إلى اعتبار مثل هذه الحالة من بعض حالات القوة القاهرة الأدبية .

الفصل الثالث

الشرط الثالث

أن يعهد المدين إلى الغير بتنفيذ الالتزام

أو أن يمارس هذا الغير حقاً من حقوق المدين

يرضاه الصريح أو الضمني

أن الوضع الطبيعي الذي تقوم فيه مسؤولية المدين عن غيره من الأشخاص ، يكون عندما يعهد المدين إلى أحد الأغيار أمر القيام بتنفيذ الالتزام بدلا عنه ، أو عندما يستدعى أحد الأغيار لمساعدته في تنفيذه .

وتقوم هذه المسؤولية أيضاً عندما تؤدي ممارسة الغير لحق من حقوق المدين التي اكتسبها بالعقد ، إلى الإخلال بالالتزام الذي ألقى على عاتق هذا الأخير في نص العقد مصاحباً لاستمتاعه بحقوقه العقدية التي مارسها الغير .

ونصوص مختلف التشريعات ، فيما يتعلق بتطبيقات مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، تشير إلى هذا الذي قلناه ، بالإضافة إلى ما يشير إليه النص العام إلى على هذا المبدأ في التشريعات التي أوردت مثل هذا النص . (نصوص المواد ٢١٧ مصري و ٢٧٨ قانون الماني و ١٠١ من القانون السويسري) .

وإذا كان القانون السويسري قد أشار إلى حالة ممارسة الغير لحق المدين واثباته مسؤولية المدين العقدية فيها . فإن التشريعات الأخرى أوردت هذا الحكم في نصوص متفرقة منها^(١) .

وعلى العموم يمكن الأخذ من مجموع النصوص القانونية التي تتعلق بمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، القول بمسؤولية المدين عندما يتدخل الغير في

(١) راجع في تفصيل هذه المواد الباب الثالث في الحدود الداخلية لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير من حيث الأشخاص الباب الثالث من هذا الكتاب .

تنفيذ الالتزام الذى نشأ بين المدين والدائن ، متى ما كانت لهذا الغير علاقة قانونية تربطه بالمدين خاصة بموضوع الالتزام .

وعلى هذا يمكن أن يخرج بهذا الشرط جميع الأشخاص الذين يحشرون أنفسهم فى العلاقة القائمة بين الدائن والمدين دون أن يستدعيهم هذا الأخير للتدخل : ودون أن يكون لهؤلاء الأشخاص أدنى علاقة قانونية تربطهم بالمدين فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام التعاقدى .

ولذلك فلا يسأل المدين طبقاً للبدا العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، عند ما يتدخل أحد الأشخاص من تلقاء نفسه فى تنفيذ الالتزام . على أن هذا لا يخل مبدأ آخر يقضى — بجواز قيام مسؤولية المدين الشخصية إذا أقيم الدليل على أنه كان يستطيع أن يمنع هذا التدخل ولم يفعل .

فلو اعتدى أحد ركاب القطار على أحد المسافرين . لا يمكن أن تقرر مسؤولية شركة السكك الحديد عن فعل هذا المسافر .

ولو وضع أحد الأغيار المتعاقدين من تنفيذ التزامه المتعاقدين بالقوة لهم فتت مسؤولية هذا الأخير قبل المتعاقدين الآخر .

وقد حكم بأن صاحب الفندق ، إذا ما اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة فى الرقابة لحماية أرواح النزلاء ، فلا يسأل مدنياً عن فعل القتل الذى ارتكبه أحد النزلاء بأن قتل نزلاً آخر وذلك بسبب حالة القاتل النفسية^(١) .

ويستند القول فى اعفاء المدين المتعاقدين من المسؤولية فى حالة تدخل الغير الطارئ ، على أساس أن هذا التدخل الطارئ يمكن اعتباره صورة من صور القوة القاهرة التى تبرئ المدين من المسؤولية^(٢) .

ويمكن أن يثير اشتراط هذا الشرط بعض الملاحظات . ما الحكم فى

(١) محكمة استئناف مصر فى ١٧/٣/١٨٩٧ الجريدة القضائية ١٨٩٧ ج ٩ رقم الحكم ٤٢

(٢) راجع "Ciovanali" القوة القاهرة وسالة جنيف ص ١٢٩ ومازو ج ١ ص ١٢٨

الطبعة الثالثة والسنهورى الوسيط ص ٦٦٦ وما بعدها وراجع من أحكام القضاء الفرنسى تقضى عرائض فى ١٨/٨/١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٢٥ ومحكمة استئناف باريس فى ٢٣/٣/١٩٤٣ الجاريت دى باليه ١٩٤٤ - ١ - ١٤٢ .

حالة ما لو قبل المتعاقد الآخر تدخل الغير في تنفيذ الالتزام ، وأدى هذا التدخل إلى عدم التنفيذ ؟ يمكن الرد على هذا التساؤل بالقول بأن المسألة تحكمها وقائع كل قضية بعينها . هل أن نية المتعاقدين إنما تنصرف إلى إعفاء المدين من ضمان فعل المتدخل على أساس قبول الدائن لهذا التدخل . أم لم تنصرف ، ولا يزال في حسابان المتعاقدين أن يضل المدين نفسه ضامنا لفعل المتدخل^(١) .

(١) راجع حكم محكمة رين في ١٨٧١/٦/٥ سيري ١٨٧١ - ٢ - ١٧٥ .

الباب الثاني

الحدود الداخلية للمبدأ العام في المسؤولية العقدية

عن فعل الغير من حيث الموضوع

المجال الطبيعي لتطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير هو أثناء قيام العقد وفي أثناء تنفيذ الالتزام التعاقدى . فيسأل المدين عن نفس عدم تنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتقه بالعقد ، والذى يكون السبب فيه أحد الأشخاص الذين يمكن أن يسأل عنهم كما سنوضحهم فى الفصل التالى .

فإذا أرسل المدين بضاعة معينة متفقاً عليها إلى العميل ، فإن المدين يسأل بالطبع عن التلف الذى يصيب هذه البضاعة بفعل مستخدمه فى أثناء نقلها إلى جهة العميل .

أو إذا عهد ترزى إلى عماله ببدلة يجهزها لحساب زبون له فأتلفوا القماش سئل الخياط عن هذا قبل مالك القماش .

وكذلك إذا باع شخص عربة معينة بالذات فأرسلها له بيد أحد الأشخاص يسوقها إليه ، فسرق السائق العربة .

وهكذا فى جميع هذه الصور لا صعوبة فى تصور قيام مسؤولية المدين . وقد لا يصل الأمر فى عدم التنفيذ إلى عدم التنفيذ الكلى ، بل قد يكون هذا جزئياً ، أو قد يتعذر تنفيذ الالتزام المعهود إلى أحد الأشخاص على صورة صحيحة ، فسوء التنفيذ كعدم التنفيذ الجزئى أو الكلى قابل لشغل مسؤولية المدين ما دام هؤلاء الأشخاص الذين يستدعيهم المدين لتنفيذ التزامه ، أو الذين ، يمارسون حقاً من حقوقه برضاه الصريح أو الضمنى ، قد أخلوا بالتنفيذ وهم فى حدود تنفيذ الالتزام بالذات .

لا صعوبة في شغل المدين بالمسئولية كما قلنا ، ولا يختلف في ذلك الأمر سواء أكان في التشريعات التي جاءت بنص عام بحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير ، أو في التشريعات التي وردت فيها نصوص خاصة تطبق فيها هذه المسئولية . ويؤيد القضاء في كل هذه التشريعات هذا الاتجاه .

ولا صعوبة كذلك — من الناحية الثانية — إذا خرج الشخص الذي يستدعيه المدين لتنفيذ الالتزام عن حدود الوظيفة التي عهدت إليه من قبل هذا الأخير فيما يتعلق بذلك التنفيذ . أو إذا خرج الشخص الذي يمارس حقاً من حقوق المدين في الإضرار بالدائن إلى ما لا علاقة له باستعمال الحق المذكور . فإذا أرسل متعهد للتصليحات الكهربية عاملاً من عماله إلى بيت عميل له لغرض إصلاح جهاز كهربائي مثلاً . وفي أثناء ذهابه إلى البيت دهس بسيارته العميل فسبب له إصابات ما . هنا لا علاقة لفعل التابع الذي سبب الضرر بالمأمورية التي عهدت إليه في بيت العميل .

وكذلك مما يخرج من حدود تطبيق قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير فيما إذا اعتدى ابن المستأجر على المؤجر نفسه في الطريق العام بما لا علاقة له بوجود المحافظة على المأجور الذي هو من التزامات المستأجر .

على أن الصعوبة قد تظهر بوضوح فيما جاوز حدود التنفيذ نفسه ، مما قد يقع بمناسبة هذا التنفيذ من أفعال هؤلاء الأشخاص . ففي المثال الذي سقناه عن عامل الكهرباء ، لو أن هذا العامل جاء إلى دار العميل ليصلح جهاز الراديو مثلاً ، وفي أثناء ذلك ألقى برعونة وعدم تبصر بعقب سيارته إلى الأرض مما أدى إلى إحراق سجادته وأثاث مملوك لذلك العميل . ما هو الحكم في هذه الحالة ؟ وهل يسأل متعهد الكهرباء مسئولية عقدية عن فعل عامله هذا الذي أدى إلى الضرر ووقع بمناسبة تنفيذ الالتزام ؟

وكذلك الأمر فيما يتعلق بأحد اتباع المستأجر لو ضرب المؤجر في المحل المأجور بالذات . ما وجه المسئولية هنا قبل المستأجر المتبوع ؟
يختلف الرأي في كل من ألمانية وسويسرا وفرنسا على الحل الواجب لاتباع ولذلك فسنعالج وضع المشكلة في كل من هذه البلدان على انفراد .

الفصل الأول

المسؤولية العقدية عن فعل الغير بمناسبة التنفيذ

في القانون الألماني والقانون السويسرى

الفرع الأول

المشكلة في القانون الألماني

لقد نوقشت هذه المسألة طويلاً في ألمانيا كما يقول « بازولا » ، وزاد من خطورتها هناك — وفي سويسرا كذلك — أن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في كل من القانونين الألماني والسويسرى تهافت أمام دليل انتفاء خطأ المتبوع طبقاً للمادة (٨٣١) من القانون الألماني والمادة (٥٥) من قانون الالتزامات السويسرى .

ذهب قسم من فقهاء الألمان ومنهم « Rumeilin » ، Endemann إلى أنه بالرجوع إلى نفس صيغة المادة ٢٧٨ من القانون الألماني يمكن القول بقيام مسؤولية المدين العقدية عن كل الاضرار التي يرتكبها التابع مهما كانت ، وبعبارة أخرى يمكن القول بوجوب تحقق مسؤولية المدين عن جميع مخاطر استخدامه لتابعيه .

ويستند هؤلاء الفقهاء إلى أنه بعد سلسلة من المقترحات حول صياغة نص المادة (٢٧٨) انتهى الرأى إلى حذف عبارة (أثناء تأدية وظيفته ansehung des Erfüllungs) منها . فلم تعد هذه المادة تشترط وجود رابطة متينة « étroite » بين الفعل المؤدى إلى الضرر والتزام المدين ، وذلك على عكس ما تشترطه صراحة المادة ٨٣١ الخاصة بوضع المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير من وجوب أن يكون الضرر الذى يحدثه التابع حاصلاً في أثناء تأدية وظيفته . ويستند هؤلاء الفقهاء إلى حجة أخرى وهى أنه بالرجوع إلى الأسباب والضرورات

الاقتصادية التي تحكم مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، نجد أنها تحتم قيام مسؤولية المدين عن جميع مخاطر استخدامه للتابع .

غير أن غالبية الفقه الألماني ويمثلها -Nussbaum, Schallmeyer, Aertth- umann, Weirthmeirr, "Enneccerus" تذهب إلى وجوب تحديد مسؤولية المدين عن فعل تابعه ، وقصرها على حالة نفس عدم تنفيذه الالتزام الذي قام به الأخير بدلا عن المدين . ويذهب هذا الفقه إلى القول بعدم مسؤولية المدين العقدية عن أفعال التابع التي تصيب الدائن بالضرر إلا إذا أمكن اعتبار المدين نفسه مسئولا عنها لو قام هو بارتكابها في أثناء تنفيذه لالتزامه التعاقدى .

ويأسف أنصار هذا الرأى على حذف عبارة " أثناء تأدية وظيفته " ، من نص المادة ٢٧٨ غير أنهم يردون على ما يراه أنصار الرأى الأول بنص المادة ٤٥١ من قانون التجارة الألماني الذي يقضى بمسؤولية مجهز السفينة عن أفعال هيئة الملاحه في (أثناء تأديتهم لوظيفتهم) . كما يستندون أيضاً إلى نفس موضع المادة ٢٧٨ في القانون الألماني حيث يحىء في القسم الذى بحث فيه المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى .

ويقول : Redieh :

أنه بالرجوع إلى القوانين المقارنة نجد أن الأمر محسوم فيها تماماً . فالمسؤولية العقدية عن فعل الغير لا تثور في القضاء الإنجليزى أمريكى إلا في حالة ما إذا كان التابع يعمل "With the scope of engagement" وكذلك الأمر في قانون بافاريا والقانون الروسى^(١) ويؤيد قضاء المحكمة الامبراطورية فى ألمانيا اتجاه هؤلاء الفقهاء^(٢) . ويسام بيكيه كذلك فى تأييد هذا الاتجاه بالقول أن هذا الحكم يبدو معقولا جداً لأنه لا يمكن أن يكون وضع المدين أكثر خطراً عليه مما لو قام هو بنفسه بتنفيذ الالتزام التعاقدى^(٣) .

(١) تراجع فى بحث هذه المشكلة بازولا ص ٧٨ وما بعدها وسأروك ص ١٧٧ .

(٢) راجع أحكام المحكمة الامبراطورية العليا فى ألمانيا المشار إليها فى بازولا ص ٧٨ .

(٣) بيكيه ص ٣٠٣ وما بعدها .

الفرع الثانى

الوضع فى القانون السويسرى

أما فيما يتعلق بالقانون السويسرى فإن المادة ١١٥ القديمة لم تشر إلا إلى الأخطاء التى قد يرتكبها التابع فى أثناء تأدية وظيفته أو خدمته "dans l'exercice de leurs fonctions ou emplois" وبحسب ما يرى جيسلر "Gysler" أن الخطأ التعاقدى لا يمكن طبقاً لطبيعته أن يحصل إلا إذا تعلق فعل الإخلال بمضمون الالتزام، وفيما يخص الدائن فحسب .

وبالاتفاق مع دوبلان «Duplin» يقول جيسلر : إنه لأجل أن نفرق بين الحالات التى تنطبق فيها المادة ١١٥ وبين تلك التى تنطبق فيها المادة ٦٢ (المائلة للمادة ٥٥ من قانون الالتزامات السويسرى لعام ١٩١٢) الخاصة بالمسئولية التقصيرية عن فعل الغير : « يلزم قبل كل شىء أن نتساءل فيما إذا كان الخطأ الحاصل بفعل التابع متعلقاً بالالتزام أو التعهد المتفق عليه . وأنه لأجل قيام إمكانية تطبيق المادة ١١٥ يلزم أن نفحص فى كل حالة بعينها الغرض من الالتزام وهل تحقق بالرغم من فعل التابع ، أم لم يتحقق . وبما أن قانون الالتزامات السويسرى يحمى المصاب فى كل من الحالتين العقدية والتقصيرية جميعاً ، فإنه من المناسب أن يلاحظ الفرق الذى أشرنا إليه أعلاه فيما يتعلق بنص المادتين المذكورتين ، وأن يفحص غرض الالتزام الذى لم ينفذ وأن يفحص تحقق هذا الغرض من عدمه للوصول إلى تطبيق إحدى المسئوليتين^(١) .

أما بازولا فيقول إنه فيما يتعلق بالقانون الجديد الذى يستخدم فى المادة ١٠١ صيغة أكثر عمومية وشمولاً ، حيث تنص هذه المادة على أن المدين يسأل عن الضرر الذى يسببه تابعيه فى أثناء عملهم ، فإن القول الفصل هو وجوب قيام مسئولية المدين عن كل الأفعال التى تتعلق بتنفيذ التزامه أو بالتأخير لهذا التنفيذ . ويستطرد بازولا إلى أنه فى الواقع ، وفى الحالتين جميعاً : حالة المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، يجب القول بتحقيق المسئولية عن كل عمل من أعمال

(١) راجع فى بيان رأى جيسلر بازولا ص ٧٨ وما بعدها .

التابع إذا كان هذا العمل داخلا في حدود وظيفته . أى أنه يشترط لقيام المسؤولية عقدية كانت أم تقصيرية ، أن يكون فعل التابع من النتائج المباشرة للعمل المعهود إليه لإنجازه .

ويقول بازولا هل المرأ أن يتساءل فيما إذا كان هناك تشابه تام من هذه الوجهة بين المادتين ١٠١ و ٥٥ من قانون الالتزامات السويسرى . ويجب بازولا على ذلك بالنفى . ويقول « وعندنا أنه يجب بحث وجه الخلاف من هذه الوجهة بين حالتى المسؤولية . ذلك الخلاف الذى هو النتيجة المنطقية للاعتبارات التى أملت على المشرع إيجاد هذين النوعين من المسؤولية . إن المسؤولية التقصيرية فى المادة ٥٥ تقوم على أساس من أن المتبوع يوسع من فرص نشاطه باستخدام التابع ، ويغلب تبعاً لذلك أن يصبح نشاط التابع مصدر خطر الغير ، وإذا كان هذا المتبوع قد استخدم لمصلحته الخاصة عمالاً يساعدهونه فى عمله ، فن العدل أن يسأل فى مواجهة الكافة عن الخطر الذى يسببه هؤلاء للكافة .

أما أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير فيقوم على نفس الاعتبارات المشار إليها ما عدا كون أن الخطر الذى قد يتحقق بفعل التابع لا يصيب إلا الدائن ، وذلك عن التنفيذ القاصر أو السوء للالتزام الذى تعهد المدين بالقيام به ، أى عن الضرر الذى يصيبه عن عدم تنفيذ الالتزام . وإذا كان المشرع قد افترض فى المادة ١٠١ قيام قرينة على الضمان القانونى ، فإنه لم يكن ليستطيع فرضها إلا على ما تعلق بكفاءة التابع وقابليته لتنفيذه الالتزام أو على الحيطة والتبصر اللازمين لهذا التنفيذ .

وهذه الاعتبارات يجب أن تحملنا على الاقتناع بأن عدد الأفعال الضارة التى تدخل فى نطاق أداء التابع لوظيفته تكون أضيق فى حالة المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن تلك التى تقوم على أساس نص المادة ٥٥ .

وإذن إذا وقعت أمامنا حالة معينة ، فيمكن أن نتساءل عن المعيار الذى يمكن أن تستند عليه لتقرير الفصل بين هاتين المسئوليتين فيما يتعلق بالناحية موضوع البحث . وهل نذهب مع « جيسلر » إلى القول بأن الأمر لا يعتمد على ما إذا كان الغرض من الالتزام التعاقدى قد تحقق أم لا ؟

لنلاحظ مع الاعتراف بأهمية هذا المعيار من الناحية العملية أنه مما لا يمكن تطبيقه بالنظر إلى الصيغة الواسعة نوعاً ما للمادة (١٠١). ولذلك يجب أن نذهب بعيداً في تفسير هذا النص مع تأكيدنا لعدم قيام التشابه التام بينه وبين المادة (٥٥). إن رابطة الالتزام القائمة بين الدائن والمدين لتطهر بالبداهة الأساس الذي يمكن بواسطته القول في حالة بعينها، بأن الضرر الواقع كان نتيجة لوجود تلك الرابطة وأنه لولاها لما وقع. ولكن لأجل قيام مسؤولية المدين طبقاً للمادة ١٠١ يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين تنفيذ الالتزام وبين الضرر الحاصل، وبالتالي فإن المدين لا يسأل طبقاً لها عن كل الأضرار التي يحدثها تابعه في تنفيذ عمله، وإنما يسأل فقط عن تلك التي تدخل في نطاق علاقة الالتزام القائمة بينه وبين الدائن بحسب السير الطبيعي للأشياء.

وإذا أخذنا بنظر الاعتبار آثار الشيء جميعاً كدليل إلى سببه، أمكننا أن نبحث فعل التابع وأن نفحص على محك ما يفرضه القانون على التابع من العناية والتبصر في تنفيذ الالتزام بحسب مضمون علاقة الالتزام القائمة بين المتعاقدين. ويلزم لذلك أن نحدد بصورة موضوعية، مع حسابنا في كل حالة على حدة حساب نفس مضمون علاقة الالتزام ودرجة العناية المطلوبة للتنفيذ. وبما أن هذه العناية تبين من نفس علاقة الالتزام، القائمة بين المتعاقدين وليس كما يظن البعض من العلاقة التي تقوم بين المدين والتابع، فإنها والحالة هذه لتتساوى وتلك العناية التي تلقى على المدين نفسه في تنفيذه لالتزامه فيما لو نفذه شخصياً.

وفي العمل ولأجل تبسيط الأوضاع وعلى الأخص لأجل عدم الوقوع على تفسير مفرط السعة لنص المادة ١٠١ يجب أن نضع السؤال الآتي: هل أن المدين لو قام بنفسه بالعمل الذي أدى إلى الضرر يسأل مسؤولية عقدية. وعلى هذا الأساس يمكن تقدير مسؤوليته عن فعل التابع. وخلافاً لهذا لا يمكن أن تقوم مسؤوليته إلا على أساس نص المادة ٥٥

وهذه أدناه بعض الأمثلة التي تثير ما يتعلق بهذه المسألة من المشاكل مأخوذة من أحكام القضاء السويسري والألماني.

متعهد تعهد بالقيام ببعض الإصلاحات بمنزل كان يعيد صباغته من جديد.

أو يضع بعض التصاميم الجميلة . يسأل طبقاً للمادة (١٠١) إذا ارتكب أحد عماله الذين كلفوا بالعمل فعلاً ضاراً بأن دمر سجادة أو كسر زجاجاً^(١) .

وعلى العكس لا يسأل المدين تعاقدياً إذا أشعل العامل النار بعدم تبصره أو عدم احتياظه بأن قدف سيجارته هناك أو سرق شيئاً من الشقة العائدة للمالك حيث أنه في أمثال هذه الحالات « لا يسأل صاحب العمل مسؤولية عقدية عن فعل أحد عماله الذي سبب نشوب حريق بدون احتياط بأن ألقى بسيجارته إلى الأرض ، أو الذي يسرق شيئاً مملوكاً لشخص الدائن حيث لا علاقة لهذا الفعل إطلاقاً بتنفيذ الالتزام التعاقدى . إذ أن الفعل الذي ارتكبه العامل في رميه للسيجارة أو في سرقة الشيء العائد للدائن ، مستقل تمام الاستقلال عن قصور العناية في تنفيذ الالتزام الذى تعهد به المدين . وعلى العكس يمكن أن نرى في فعل العامل الذى جاء ليصلح (و ابورا) للغاز ويأهماله في تحريكه ونقله شب حريق في المنزل ، ما ينشئ علاقة سببية مطابقة وظاهرة بين التنفيذ وبين الضرر الحاصل . وهذا ما جاء في حكم أصدرته محكمة زوريخ الاستئنافية حول موضوع مسؤولية المتعهد عما حصل بفعل عامله في هذه الواقعة^(٢) .

ولكن لا يسأل التاجر طبقاً للمادة (١٠١) عن فعل محاسبه إذا كان هذا الأخير بوسيلة تقديمه لمخالصة مزودة سحب مبلغاً من البنك الذى يملك فيه التاجر حساباً جارياً .

وهذا ما يقرره « Funk » أيضاً إذ يقول أنه يجب أن يرتكب المعاون الضرر في أثناء تنفيذ الالتزام وليس بمناسبته^(٣) .

(١) حكم محكمة Canton Vaud جاء في بازولا ص ٨٢ .

(٢) حكم بتاريخ ١٩١٤/٥/٢٠ Bl. zü R. 14. p. 355 وراجع في كل هذا والمزيد

من الأحكام في بازولا ص ٨٢ وما بعدها .

(٣) المرجع المشار إليه ص ٨٥ .

الفصل الثاني

الوضع في فرنسا وفي مصر

يختلف الرأي في فرنسا على الحدود الداخلية للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، ويظهر أن هذا الخلاف أشد من الخلاف الذي ثار حول هذه المشكلة في كل من ألمانيا وسويسرا . فكثير من الفقهاء يذهب إلى أن المسئولية لا تقتصر على الفعل الضار الذي يرتكبه المعاون أثناء التنفيذ ، بل يتجاوز إلى الفعل الذي يقع بمناسبة هذا التنفيذ^(١) ويحتج « ساورك » لتحييد هذا الرأي بأن القضاء الفرنسي يرى مساءلة المسئول في المسئولية التقصيرية عن فعل الغير عن الأفعال التي تقع من الأخير بمناسبة إذاه لوظيفته ، فمن باب أولى تطبيق هذا الحكم على المسئولية العقدية ، حيث العلاقة التي قام بمناسبتها الضرر أظهر وأوضح . ويحتج كذلك بأن قانون العمل لسنة ١٨٩٨ قد قرر مسئولية رب العمل عن الحوادث التي تقع من عماله بمناسبة أداءهم لوظيفتهم .

ويرجع الأستاذان « مازو » ، وهما من الذين يذهبون إلى وجوب قصر المسئولية عن فعل الغير على الأفعال التي تقع من هؤلاء في أثناء تأدية وظائفهم ، أصول هذه المسئولية إلى مبدأ النيابة ، ويقولان بأن مسلك القضاء معيب عندما يقيم هذه المسئولية على الأفعال التي تقع من التابع بمناسبة أداءه لوظيفته . ويؤيدان هذا الرأي بأن المادة ١٩٩٨ من القانون الفرنسي التي غالباً ما ذكرت فيها صفتها الاستثنائية ، تقضى بأن الموكل لا يسأل عن أفعال الوكيل إلا عن تلك التي تقع منه في أثناء تأدية وظيفته وطبقاً لهذه الوظيفة .

ويستطرد الأستاذان إلى القول بأن الغير لا يمثل المدين إلا عندما يؤدي مهمته التي عهدت إليه . وعندما يخرج عن حدود هذه المهمة فإنه يفقد صفة

(١) سأروك . ص ١١٥ وما بعدها وديموج : المجلة الفصلية ١٩٣٣ ص ٦٥٨ .

النيابة . وفي هذا يوجد شبه تام بين هذه المسؤولية وبين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير المنصوص عليها في المادة ١٣٨٤ . ولكنهما يريان أيضاً من جهة أخرى أن التنفيذ المعيب في أداء المهمة أو الوظيفة عبارة عن تنفيذ في حدود الوظيفة^(١) .

و د بيكيه ، و د رينو ، من الذين يؤيدون اقتصار المسؤولية على الأفعال التي تقع في حدود الوظيفة لا بمناسبةها . و رينو الذي يقول إن المدين يسأل عن جميع أفعال معاون حتى تلك التي ترتكب عمداً وبغشه ، يذهب إلى أن الأفعال التي تقع بمناسبة التنفيذ لا تدخل في حدود هذا التنفيذ . ويعمل ذلك بنظريته في الأساس القانوني . إذ أن المدين لا يضمن حتى بصورة ضمنية إلا تلك الأفعال التي تدخل تماماً في حدود تنفيذ الالتزام الذي عهد به إلى المعاون^(٢) . ويذهب بهجت بدوى إلى القول بتجاوز المسؤولية إلى تلك الأفعال التي ترتكب بمناسبة أداء المعاون أو التابع لوظيفته . ويقول الدكتور بهجت بدوى في هذا « إن النصوص في القانون الفرنسى لا تساعدنا على الحكم ، ولكننا لسنا أمام قاعدة استثنائية كالتى جاءت في المادة ١٣٨٤ ولأن فرض المسؤولية على المدين جاء نتيجة الرغبة في حماية الطمأنينة الاقتصادية ، وهذا السبب وحده هو الذى يعطى الصفة المادية لهذه المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وإذا كنا قد رفضنا أن نقرر هذا الحكم بالنسبة للمسؤولية الناتجة عن المادة ١٣٨٤ فإنه ينتج مما سبقناه وجوب القول بأن يسأل المدين عن أفعال معاونه حتى عن تلك التي تقع بمناسبة أداء وظيفته^(٣) .

ويذهب الدكتور سليمان مرقص إلى القول بأن المدين لا يسأل عن أفعال هؤلاء الأشخاص — الأشخاص الذين يسأل عنهم مسؤولية عقدية — بل تقتصر

(١) مازو جزء ١ الطبعة الثالثة نبذة (١٠٠١) ص ٩٨٣ - ٩٨٤ ونشير هنا أننا سبق أن عرفنا ما هي الردود التي سبقناها على نظرية « مازو » في هذا الشأن وإذا صح أن المسؤولية تقتصر على الأفعال التي تقع من الغير بمناسبة أدائه لوظيفته فإن هذا لا يكون على أساس النيابة .

(٢) بيكيه ص ٣٠٧ و رينو ص ٨٥ وما بعدها .

(٣) رسالة باريس ١٩٢٩ ص ١٧٩ وما بعدها .

مسئوليته العقدية كما تقتصر مسئوليته التقصيرية ، على أفعالهم الداخلة في ضمن المأمورية التي عهد إليهم بها سواء أكانت تلك المأمورية تنفيذاً لتعهد أم معاونة في تنفيذه أم كانت مباشرة لحق^(١) .

ويذهب الدكتور السهوري « في ظل القانون المدني الجديد — إلى أن المدين يسأل إذا كان الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه كما هو الحال بالنسبة لمسئولية المتبوع عن فعل التابع^(٢) . وهو يستطرد في شرح هذه القاعدة فيقول : والقاعدة هي أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة ، فلا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة «à l'occasion» بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب إذا لم يكن الخطأ قد وقع في عمل من أعمال الوظيفة أن تكون هناك في القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة^(٣) .

إذن كيف يمكن أن تستقر الحلول السليمة فيما يتعلق بهذه المسألة الدقيقة ؟ يلوح لنا أن بعض الفقهاء مستنداً إلى بعض أحكام القضاء قد أفرط في التوسع على قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير بتطبيقها في حالات ارتكاب «الغير» للفعل الضار بمناسبة أدائه لمهمته . وأن البعض الآخر — في الجانب الآخر — قد فرط هو بدوره بأن حاول أن يقصر هذه المسئولية على الأحوال التي تنشأ من وجود رابطة النيابة ، واشترط أن تكون الأفعال التي تتمحقق بسببها المسئولية ناشئة من مخالفة واجبات النيابة وحدودها .

على أن توضيح بعض المسائل قد يساعد على إلقاء النور على هذه المشكلة الشائكة وحلها حلاً سليماً موقفاً .

(١) رسالة القاهرة المرجع المشار إليه آنفاً ص ٤١٦ .

(٢) الوسيط ص ٦٦٩ نبذة ٤٣٣ .

(٣) الوسيط ص ١٠٢٥ نبذة ٦٨٢ .

في كل عقد يجب أن يتحقق المرء من مضمونه وما يحتويه هذا العقد من الالتزامات التي أُلقيت فيه على عاتق المدين . فإذا عهد المدين إلى الغير بمهمة تنفيذ هذه الالتزامات أو مهمة تنفيذ الالتزام الفريد في العقد ، فيجب أن يلاحظ مدى ارتباط الفعل الذي سبب الضرر بعدم تنفيذ ذلك الالتزام التعاقدى . هل سبب الفعل عدم تنفيذ الالتزام نفسه ؟ هل أخل « الغير » بتنفيذ هذا الالتزام بعينه بأن لم ينفذه تماماً أو كان قد نفذته تنفيذاً معيباً ؟ . أم هل أن الإخلال بهذا العقد لم يكن إخلالاً بنفس التزام المدين الذى التزم به فى ذلك العقد ، بل أخل « الغير » بالتزام آخر لم يكن على عاتق المدين فى العقد الذى عقده مع الدائن .

ثم ماحدود العلاقة التى تربط المدين نفسه « بالغير » لى تقوم مسؤوليته عنه ؟ وعندى أن جلاء مسألة فى غاية الخطورة واجب ، لتحديد وضع المشكلة وجذبها إلى الناحية الصحيحة من الحل ، وهذه المسألة هى معرفة حقيقة الضمان المفروض فى كلا الوضعين من أوضاع المسؤولية .

إن الضمان الذى فرض فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير يقوم على أن المدين قد رجع إلى الغير لينفذ الالتزام العقدى الذى تعهد هو بالقيام به وتنفيذه ، أو أنه أباح للغير أن يمارس حقاً من حقوقه التى اكتسبها بالعقد . فحدود مسؤولية المدين تتحدد إذن فى كل الأحوال التى يقوم فيها فعل الغير منصباً أولاً على محاولة تنفيذ ذلك الالتزام العقدى فتؤدى المحاولة إلى قصور التنفيذ أو إلى إساءته ، أو منصباً على محاولة عدم تنفيذه . ولذلك يشترط فى كل الأحوال أن يعهد المدين برضاه الصريح أو الضمنى إلى الغير أمر تنفيذ الالتزام ، أو أن يترك هذا الغير ينتفع بميزات الحقوق التى اكتسبها . ولذلك متى خرج هذا الغير على رضا المدين فى هذا الشأن تهاقت مسؤولية المدين قبل الدائن ، ولم يجد الدائن من أحد مسؤولاً أمامه إلا ذلك الغير .

أما الضمان المفروض فى المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير فأساسه قيام علاقة التبعية التى تربط بين التابع والمتبوع . وعلى أساس هذه العلاقة تقوم المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير .

الفارق الوحيد إذن بين وضعى المسؤولية فيما يتعلق بحدودهما الموضوعية من حيث الأفعال هو ضمان المدين لفعل الغير متى كان هذا الفعل داخلا في حدود الوظيفة التى عهد المدين أمر تنفيذها إلى هذا الأخير ، وتقتصر المسؤولية العقدية على هذا النطاق . أما فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير فقد قطع المشرع المصرى الجديد على نحو جازم بإيراده نص المادة (١٧٤) حيث يقضى بقيام هذه المسؤولية فى نطاق أوسع من نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير فتشمل طبقا لهذه المادة الأفعال التى تدخل فى حدود وظيفة التابع كما تشمل الأفعال التى ترتكب بسبب أدائه هذه الوظيفة (١) .

ومن هنا ندخل إلى كيفية إدراك الحلول الصائبة ، شخص عهد إلى عامل من عماله أن ينقل إلى أحد عملاه أشياء أو بضائع . لم ينفذ هذا العامل التزام المتعهد بتسليم هذه الأشياء إلى العميل بأن أتلف البضائع أو أحرقها . لا جدال فى وجوب قيام مسؤولية المتهمد عن عدم التنفيذ ما دام قد حصل بخطأ المعاون ، يستوى فى ذلك خطأ الأخير العمد وغير العمد . متعهد تصليح أجهزة الكهرباء يسأل عن فعل مستخدمه فيما لو شب حريق فى بيت العميل من جراء تصليح جهاز الكهرباء . وتكون إدارة المستشفى مسئولة عن خطأ الطبيب فى معالجة المريض الراقذ فى المستشفى على هذا الأساس . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن الممرض الذى يعمل فى خدمة مستشفى إذا أخطأ وهو يقوم بإعطاء الدواء إلى المريض فأعطاه سما يكون قد ارتكب عملا داخلا فى حدود وظيفته وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (٢) .

ومن هنا نستطيع أن نفسر تماما مسلك القضاء فيما يذهب من وجوب قيام مسؤولية المستأجر من جميع الأفعال التى تصدر من الذين يوجدون فى المحل

(١) السهنورى فى الوسيط يصور صور هذا التوسع . ص ١٠٢٥ وما بعدها بيزة ٦٨٢ وما بعدها .

(٢) راجع فى تطبيق هذا رأى . دكتور عبد الفتاح عبد الباقي . محاضرات فى العقود الإيجار ص ١٥٣ والأحكام المشار إليها فيه .

المأجور برضائه . ومن وجوب قيام هذه المسؤولية في جميع الحالات التي يصيب
المأجور فيها تلف أو إضرار .

إن المستأجر ملتزم بحفظ المأجور وأن يسلمه كما تسلمه بلا تلف ولا عيب
ولذلك فإن جميع العيوب والأضرار التي تلحق بالمأجور بسبب هؤلاء الأشخاص
الذين وجدوا فيه برضاء المستأجر الصريح أو الضمني يكون المستأجر مسئولاً
عنها مسئولية عقدية

ومن هنا كذلك نستطيع أن نلح لماذا لا يشترط في حال المسؤولية العقدية
عن فعل الغير وجود علاقة تبعية بين المدين وفاعل الضرر ، إذ يكفي لقيامها
وجود رضاء صريح من المدين أو رضاء ضمني بقيام الغير ، بالفعل الذي أدى
إلى الضرر متعلقاً بتنفيذ الالتزام التعاقدى .

وفي هذا أيضاً ما يفسر كيف أن المسؤولية تنهت إذا ما طرد المستأجر
شخصاً من الأشخاص الذين يسأل عنهم في أثناء التنفيذ أو في أثناء ممارسة حق
من حقوقه ، وكيف أن المحاكم تحكم بعدم مسؤولية المستأجر عن فعل ابنه أو خادمه
إذا ما طرده من منزله ومنعه من دخوله بكافة الوسائل فدخل أحدهم على الرغم
من ذلك المحل المأجور وأشعل النار فيه^(١) .

ونستطيع أن نقول أيضاً أن كافة الأفعال التي ترتكب خارج حدود
الالتزام التعاقدى والتي لا تكون لها علاقة ما بهذا الالتزام لا يسأل عنها
المدين . كما إذا قتل العامل الذي ذهب يصلح شيئاً لحساب المتعهد صاحب الدار
أو ابنه في مشجرة ، أو أصاب أحد هؤلاء باصابة خارج الدار . أو فيما إذا
ألحق أحد أتباع المستأجر الضرر بشخص المؤجر في أثناء وجوده في المحل
المأجور^(٢) .

(١) راجع حكم محكمة السين في ١٩٣٨/٥/٣ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٤١٢ وبنزانون
المختلطة في ١٨٩٨/١٢/٢٨ دالوز ١٨٩٩ - ٢ - ١٠٤ .

(٢) وقد حكمت محكمة القاهرة الجزئية بأنه يشترط لقيام مسؤولية المالك المؤجر عن فعل البواب
في حصول سرقة في المحل المأجور أن توجد علاقة مباشرة محددة وأكيدة بين الخطأ المدسوب إلى
البواب وبين واقعة السرقة . الجازيت ١٩٣٨ ص ١٦٧ الحكم بتاريخ ١٩٣٨/٣/٩ . وراجع
حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية في ١٩٤١/٤/٨ دالوز الإضافى ١٣ سنة ١٩٤١
أو الجازيت دى باليه ١٩٤٤ - ١ - ١٤٢ .

وإذا ما نظرنا إلى المسألة من هذه الزاوية أمكننا أن نقول أنه ليس في كل الأحوال التي يقع فيها فعل ضار من قبل الغير والتي تقع في قوت التنفيذ مما تقوم به مسؤولية المدين . وليس كل قبل يقع كذلك في مكان التنفيذ مما يلزم منه نشوء تلك المسؤولية . المهم هو في وجود رابطة مباشرة بين الفعل الضار وبين الالتزام الذي عهد به المدين إلى الغير لتنفيذه . أو بين هذا الفعل وبين الالتزام الذي ألقى على عاتق المدين فأخل به من يباشر حقاً من حقوق هذا الأخير .

وعلى عكس الأحوال التي يتدخل فيها « الغير » حاشراً نفسه في تنفيذ الالتزام التعاقدى فيجب بمسؤوليته مسؤولية المدين ، تثار مسألة ما إذا امتنع « الغير » الذي كلف بتنفيذ الالتزام عن تنفيذه . ونقصد بذلك تأثير الإضراب على التزامات أصحاب المصانع ^(١) .

لا شك أن الأمر كما ألمعنا سابقاً في مقدمة الرسالة — يجب أولاً أن يعالج من زاوية إمكان تنفيذ الالتزام على الرغم من الإضراب الحاصل ، وهذا ما يخرج المسألة ، في هذه الحالة ، من نطاق تطبيق قواعد المسؤولية العقدية . فإذا ما سبب الإضراب استحالة التنفيذ واستحال على المدين أن ينفذ إلتزامه بأية وسيلة ، فهنا تذهب المحاكم الفرنسية في كثير من الأحوال إلى أن الإضراب مما يمكن اعتباره سبباً أجنياً يمنع المدين من تنفيذ التزاماته العقدية إذا لم يتوقع ، أو لم يكن باستطاعته أن يتوقع حصول الإضراب ، أو لم يتمكن من دفعه حين وقوعه .

(١) محكمة باريس في ١٣ / ١١ / ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤ — ٢ — ٧٣ ، ٤٥٤ ومحكمة
لاكس في ٢١ / ١١ / ١٩٥١ سيري ١٩٥٢ ، ٢ — ٥١ ومحكمة باريس في ١٣ / ١١ / ١٩٥٣
سيري ١٩٥٤ — ٢ — ١٦٨ ودودان في ٨ / ٨ / ١٩٥٠ سيري ١٩٥١ — ٢ — ٤٢
ومحكمة النقض في ٣٠ / ١ / ١٩٢١ جازيت دي باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤١٠ وراجع لالو في الإضراب
دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٩ ص ٦٩ وما بعدها .

الباب الثالث

الحدود الداخلية للمسئولية العقدية

عن فعل الغير من حيث الأشخاص

« الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين »

نصت المادة (٢١٧) من القانون الجديد على جواز اشتراط الإعفاء عن أفعال الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه .

إن هذا النص الذي استنبطنا ، منه حكم الشارع المصرى فى الأخذ بمبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير يبين من هم الأشخاص الذين يمكن أن يسأل عنهم المدين .

وقد جاءت نصوص أخرى متفرقة تبين الأشخاص الذين يسأل المدين عن أفعالهم أيضاً . وذلك فى كل حالة من حالات تحقق المسئولية . فأشارت المادة (٥٧١) فقرة ٢ إلى مسئولية المؤجر قبل المستأجر من أفعال أتباعه م ٧٣٥ عراقى) وأشارت المادة (٧٢٧) ف ٢ إلى مسئولية أصحاب الفنادق والخانات عن أفعال المترددين على الخان م ٩٧٢ عراقى ،

وقد يستخدم المدين فى تنفيذ التزامه أشخاصا يعاونون على هذا التنفيذ وهؤلاء هم الأعوان « Les auxiliaires » ومنهم مساعدو المدين فى تنفيذ الالتزام « Les aides » ، كالمستخدمين والخدم والاتباع على اختلاف أنواعهم والعمال والصناع . ومن هؤلاء الأعوان الأشخاص الذين يساكنون المدين من أهل بيته وغيرهم من الذين يمارسون حقاً من حقوق التعاقد ويشاركونه فى الانتفاع بهذه الحقوق .

وقد يحل أشخاص آخرون محل المدين حلولا كاملا في تنفيذ الالتزام وهؤلاء هم البدلاء ، Les substitués ، كالمستأجرين من الباطن والمتنازل له عن الايجار والمقاول من الباطن^(١) ومن هؤلاء أيضاً النائب القانوني والنائب الانفاقي .

وسنكرس الكلام على ثلاثة فصول نتكلم في الأول عن الأعوان وفي الثاني عن البدلاء وفي الثالث عن مسؤولية الشخص المعنوي العقدية .

(١) راجع للمواد ٥٩٥ و ٥٩٧ و ٦٦١ من القانون الجديد وتعاملها المواد ٧٧٧ و ٧٧٨ و ٨٨٢ من القانون العراقي .

الفصل الأول

مسئولية المدين عن الأعوان

أشرنا إلى أن من هؤلاء الأعوان مساعدو المدين الذين يساعدونه في تنفيذ التزامه التعاقدى كالعامل والمستخدمين وجميع أتباعه^(١). وهؤلاء الأشخاص الذين يعملون لأجل تنفيذ الالتزام لحساب المدين لا يشترط لقيام مسؤولية المدين عن أفعالهم أن يكونوا مأجورين على أعمالهم ، فقد يساعد المدين أحد هؤلاء الأشخاص متبرعا وتقوم مع ذلك مسؤولية المدين عن فعله بعدم تنفيذ العقد^(٢).

ولا يشترط كذلك أن يكون هؤلاء الأشخاص تحت سلطة ووصاية المدين ، بل يكفي أنه قد عهد إليهم أمر تنفيذ التزامه التعاقدى ولو عن طريق المصادفة ، ولذلك فلا يشترط على هذا الأساس قيام علاقة خدمة بين المدين وبين الشخص المكلف بتنفيذ الالتزام .

فمثلا إذا ساعد أحد المارة في الطريق المدين في حمل بضاعة أو أى شيء آخر ، وسبب بفعله هذا ضررا للدائن ، كان المدين مسؤولا قبله مسؤولية عقدية . أو لو أن صديقا للمدين قد كلف نفسه أن ينقل إلى الدائن شيئا فإن المدين يسأل عن فعل صديقه الخطأ قبل الدائن .

ويمكن أن يدخل في عداد الأتباع الأشخاص الذين يعملون لحساب المدين

(١) وقد حكمت محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢٤ / ١٠ / ١٩٣٩ بأن إدارة المدرسة التي ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلزم قبل أهلهم برعايتهم وعلى ذلك فهي ضامنة سلامتهم ورتبهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم في هذه الرحلة مسؤولية عقدية ترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها هي يقع عبء إثبات عذرها ، ولا تخاف مسؤولية إدارة المدرسة في رعاية تلاميذها إلا بإقامتها الدليل على عذرها وعلى أن مندوبيها في مراقبة التلاميذ قد قاموا بواجب الملاحظة المفروضة عليهم على وجه مرض وأن تقصيرا لم يقع منهم ... الجدول العشرين الثاني ص ٤٢٤ تحت رقم ٢٢٧٧ .

(٢) بازولا ص ٥٠ .

ولو كانوا مستقلين عنه استقلالاً مالياً أو إدارياً . وطبقاً للمثل الذى ضربه « Von Tnhr » ، يسأل البائع ، الذى يضع فى محل قبول الودائع بضاعة يجب عليه حفظها حتى ميعاد تسليمها للمشتري ، عن العناية اللازمة التى تقع على عاتق متعهد قبول الودائع فى حفظ البضاعة .

وكذلك يكون رب العمل الذى يتنازل إلى الغير عن خدمات عماله مسؤولاً قبل هؤلاء العمال عن تنفيذ الغير (رب العمل الآخر) للالتزامات التى ألقيت على عاتق هذا المستخدم قبل هؤلاء العمال^(١).

ولكن بما أنه لا يشترط أن تكون هناك رابطة خدمة مستمرة تربط بين المدين وأعوانه فإنه قد تلمح صعوبات من جهة تحديد هذه الصفة للشخص الذى يساعد فى التنفيذ .

فيعود « Von Tuhr » ، ذا كراً أنه فيما يتعلق بالدين المحمول « le dette portable » ، يكون المدين مضطراً إلى إنجاز نقل هذا الدين إلى الدائن ، فيسأل طبقاً لذلك حسب المادة (١٠١) من القانون السويسرى ، عن أفعال الناقل . على أنه فيما يتعلق ببيع التسليم « Vente a distance » ، لا يلزم المدين حسب المادة (١٨٩) من قانون الالتزامات السويسرى إلا بأن يشحن البضاعة إلى الدائن المشتري ، وهو لا يسأل إذن عن فعل متعهد النقل ، ولا يمكن اعتبار هذا الناقل كتابع له ، ولكن يمكن اعتباره ناقلاً ومدينأ أصلاً يسأل مباشرة قبل المشتري^(٢) .

ومن هؤلاء الأعوان ذللكم الأشخاص الذين يمارسون ، كما أشرنا إلى ذلك مراراً ، حقاً من حقوق المدين الذى اكتسبه بالعقد . وإلى ذلك أشارت المادة (١٠١) من القانون السويسرى : كل من يعهد ولو بصورة شرعية إلى أعوانه كأهل منزله « Les dersonnes de la maison » . وإليها أشارت المادة (١٧٣٥)

(١) Von Tuhr ص ٥٢٣ مشار إليه فى بازولا ص ٥١ .

(٢) « » « » « » « » ص ٥٢٣ « » « » « » « » ص ٥١ ، على أننا نلاحظ على مثال فون توهر Von Tuhr الحاص بالدين المحمول عدم صحته حتى من الناحية العملية ولأنه لا يدخل فى نطاق المسؤولية إطلاقاً إذ أن الدين المقوم بالقودلا يكون محلاً للمسؤولية (التعويض) اللهم إلا فى حالة التعويض عن التأخر فى التنفيذ الذى يؤدى إلى الحكم بالفوائد حسب .

من القانون المدنى الفرنسى ونصها : يسأل المستأجر عن كل الأضرار التى تحدث بفعل أهل بيته . . .

وقد أثارت هذه الحالة نزاعا طويلا فى القانون الألمانى الذى خلا من نص فى الإشارة إلى مثل هذه الأحوال . وقيل بأن المستأجر لا يمكن اعتباره متبوعا يستخدم *emploie* الخادم أو الضيف لتنفيذ التزامه فى عقد الإيجار بحفظ المأجور . ولم يصل الفقه الألمانى إلى حل مرض فى هذا الشأن . إلا أن الرأى الراجح فى الفقه هو ما يذهب إليه القضاء اليوم من إمكان تطبيق نص المادة (٢٧٨) على مثل هذه الحالات بطريق القياس أو عن طريق التفسير الواسع^(١).

ولم يرد فى مصر مثل النص السويسرى ، ولا جاء فى القانون الجديد نص كنص المادة (١٧٣٥) من القانون الفرنسى . على أنه يمكن تطبيق الأحكام التى استقر عليها القضاء الألمانى والسويسرى والفرنسى هنا بدون عناء كبير .

إن ممارسة بعض حقوق المدين وخاصة حق الإيجار لا يقتصر فيه على المتعاقد فحسب ، بل ويمارسه المتعاقد ومن يشأ هذا الأخير أن يعطيه الحق فى ذلك . وهكذا يمارس حق الإيجار مثلا أعضاء أسرة المستأجر ومستخدميه وضيوفه . وقد يقال أن هؤلاء يساعدون المدين فى تنفيذ التزامه ، ويجب عليهم أن يرقبوا فى استعمالهم للمأجور كمرقبة المستأجر لذلك . ولكن هذا ليس صحيحا فى كل حالة بعينها كما يقول « بازولا » ، فالمرربة التى تأق لإرضاع طفل للمستأجر والعناية به فى المحل المأجور لا يمكن اعتبارها كأنها تساعد المستأجر فى تنفيذ التزامه بالمعنى الفنى الدقيق لهذا الاصطلاح ، بل أن الصحيح أن يقال أنها تسكن مع المستأجر الذى يتنازل لها عن بعض حقوق السكن ، أو أنها تشترك معه فى هذه الميزات التى تخوله إياها حقوق عقد الإيجار نفسه . وهذا هو الحال بالنسبة

(١) المحكمة الامبراطورية الألمانية ج ١٨ ص ٢١٦ — ج ١٠٦ ص ١٣٤ — ج ١٢٢ ص ٢٨٤ ومشار إلى هذه الأحكام جميعا فى بازولا ص ٥٤ .

لكل الأشخاص الذين يساكنون المستأجر ولو لمدة قصيرة كضيوفه مثلاً ، مهما كانت مدة هذه الضيافة (١) .

وعلى هؤلاء جميعاً يلحق واجب العناية باستعمال الشيء المأجور مثلاً ، كالواجب الذى يلحق على عاتق المستأجر نفسه . ولهذا السبب دفع المشرع السويسرى إلى التسوية فى الحكم بين هؤلاء الأشخاص وذلك الذين يعهد إليهم المدين بتنفيذ التزامه . ولنفس هذه الأسباب دفع الفقه والقضاء فى ألمانيا إلى تطبيق نص المادة (٢٧٨) عليهم (٢) .

والفقه والقضاء فى فرنسا يتفق فى هذه الناحية ، ويجمعان على وجوب تطبيق حكم المادة (١٧٣٥) على كل من يوجد فى المحل المأجور برضاء المدين (المستأجر) الصريح أو الضمنى . فيشمل تطبيق حكم هذه المادة الأهل والأقارب والضيوف والخدم . وقد حكم بأن المستأجر مسئول عن أفعال خليلته فى المحل المأجور كذلك (٣) .

ويقول «مازو» ، إن اصطلاح «أهل منزله» يجب أن يتسع للمعنى الأعم الأشمل ، فيدخل فيه كل شخص وجد برضاء المدين فى المحل المأجور ويشارك هذا الأخير فى استعماله (٤) .

كما أنه يشترط — كما أشرنا إلى ذلك سابقاً — أن يمارس هؤلاء الأشخاص الحق برضاء أو أجازة المستأجر الصريحة أو الضمنية وإلا اعتبر فعلهم قوة قاهرة تبرى المستأجر من عبء المسؤولية . وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة بنزنسون فى حكمها الصادر فى ١٩٠٩/٦/٢٣ بعدم مسؤولية المستأجر عن الحريق إذا حصل

(١) بازولا ص ٥٥ و Ferrara ص ٤١٢ و Eneccerus ٢٦٧ ومشار إليهما فى بازولا ص ٥٥ أيضاً .

(٢) بازولا ص ٥٥ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٢٧/١٢/١٣ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ٩٩ .

(٤) «مازو» ص ٩٦٩ نبذة ٩٧٦ الطبعة الثالثة ج ١ ونقض عرائض ١٩٢٥/٧/٢٨ جازيت

دى باليه ١٩٢٥ — ٢ — ٦٥٤ .

بفعل ابنه البالغ الذى طرده من منزله ودخل هذا الأخير المنزل خلصة وأشعل فيه النار^(١).

وإذا قامت مسؤولية المدين العقدية عن فعل تابعه ، فهل يشترط مراعاة تقدير حسن نية المدين أم التابع ؟ . يرى « بيكيه » مراعاة حسن أو سوء نية التابع باعتبار أن فعله يتحد مع فعل المدين^(٢) ويرى « ديموج » تقدير هذا الأمر بالنظر للمدين ، إذ أن المادة (١١٥٠) من القانون الفرنسى فى مصلحته . أما إذا تعلق الأمر بشخص معنوى فإن الأمر ليصعب . ويرى « ديموج » وجوب مسؤولية الشخص المعنوى عن أفعال تابعه السيء النية^(٣) .

(١) مشار إليه فى سليمان مرقس ص ٤١٤ رسالة القاهرة .

(٢) بيكيه ص ٣٠٩ .

(٣) ديموج ج ٦ ص ٦٣٥ .

الفصل الثاني

البدلاء الذين يسأل عنهم المدين

لقد قلنا إن البدلاء هم الذين يحلهم المدين محله في تنفيذ الالتزام ويلقى عليهم وحدهم عبء هذا التنفيذ ، فتقوم مسؤوليته عن أفعالهم . من ذلك مثلاً مسؤولية المستأجر الأول (الأصلي) عن المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار المنصوص عليها في المادة (٥٩٥) من القانون الجديد ، والمادة (٧٧٧) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٥٤٩) من القانون الألماني .

ومن هذه الحالات نص المادة (٦٦١) مصرى ، (٨٨٢) عراقى في مسؤولية المقاول الأصلي عن أفعال المقاول من الباطن (م ٣٦٤ سويسرى) .

ومنها مسؤولية أمين النقل عن أفعال وسيط النقل المنصوص عليها في المادة ٩٣ تجارى / ٩٩ تجارى فرنسى . م ٤٤٩ سويسرى . ومنها مسؤولية أصحاب السفن عن أفعال الربان ٤٤ / ٢١٦ تجارى فرنسى .

ويتميز البديل عن المعاون في أنه ينفذ وحده الالتزام الذى ألقى على عاتق المدين ، ويقوم مقامه في هذا التنفيذ . ويقول « Von Tuhr » ، إن البديل لا يعمل تحت إدارة المدين ورقابته ، بل إنه يعمل مستقلاً عنه^(١) . وهذا هو أيضاً حكم محكمة زوريخ حيث جاء فيه : إن الفارق الوحيد بين المعاون والبديل يستقر في واقع أن عبء التنفيذ الكلى ينتقل إلى البديل مستقلاً في ذلك عن المدين ، بينما يكون الأمر ، عند دعوة الأعوان ، قاصراً على مساعدة هؤلاء ، ويبقى للمدين نشاطه الخاص في تنفيذه لالتزامه^(٢) .

(١) « بازولا » ص ٦٢ وما بعدها .

(٢) في « أيضاً ص ٦٣ .

ويحاول بعض الفقهاء إقامة التفرقة بين المعاوان والبديل على أساس أن الرجوع إلى المساعد يكون جائزاً دائماً على خلاف الحالة عند الرجوع إلى البديل^(١). وعندى أن رأى الصائب فى التفرقة هو ما اعتمد على ملاحظة كل حالة بعينها والبحث عنها فى كل قضية بذاتها^(٢).

ولذلك تثير مثل هذه الحالات بعض المشاكل عن الإبدال وعن الركون إلى البديل كلياً لتنفيذ الالتزام ، فيما يتعلق بطبيعة المسؤولية .

فقد جاءت النصوص بحيث تمنع هذا الإبدال فى بعض الأحوال ، وترتب على القيام به رغماً عن ذلك نوعاً من المسؤولية . ثم جاءت بعض النصوص الأخرى تجيز هذا الإبدال لترتب على ذلك نوعاً آخر من المسؤولية . فقد نصت المادة (٧٠٨) من القانون الجديد ، م ١٩٩٤ فرنسى ١٧٤٨ إيطالى (١٠١٠ نمساوى ٦٦٤ ألمانى ، ٣٩٨ سويسرى) على أنه إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو

أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعنى بشخصية النائب فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه فى اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات .

والقانون الألمانى يوسع حكم هذه المادة إلى المودع لديه بالنسبة لمن يعهد لهم هو نفسه بحفظ الوديعة م ٦٩١ وإلى مدير المؤسسة م (٢٧) وإلى الشريك الضامن م (٧١٣) تجارى .

فكيف إذن يمكننا أن ن عزل الأوضاع التى تقوم فيها المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى التى قررتها نصوص هذه المواد عن تلك التى جاءت كتطبيقات للمسؤولية العقدية عن فعل الغير (المواد ٥٩٥ ، ٦٦١ وغيرهما من المواد التى ذكرت أعلاه) . لا جدال أنه فى الحالات التى يمنع فيها المدين صراحة بنص القانون أو بحكم

(١) « بيكيه » م ٢٦٦ والفقهاء المشار إليهم فى بازولا ص ٦٣ .

(٢) راجع بازولا ص ٦٣ .

طبيعة العقد من الرجوع إلى الغير وإحلاله محله في تنفيذ الالتزام ، نكون أمام وضع من أوضاع المسؤولية العقدية من الفعل الشخصي ، ومن تلك الأحوال نص المادة (٧٠٨) المذكورة ، فالمدين إذ يرجع إلى « الغير » البديل فيها يسأل هو شخصياً عما يحدث من أضرار للدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو سوء هذا التنفيذ ، وهنا يسأل عن جميع أفعال ذلك البديل ، وقد يسأل كذلك عن القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

مثل هذا حالة تعهد رسام برسم لوحة ما بنفسه ، فيعهد إلى الغير برسم تلك اللوحة^(١) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن أهمية التفرقة بين البدلاء والمساعدين ، تظهر في أن المرء يسأل دائماً عن مساعديه ، بينما هو لا يسأل عن بدلائه إلا إذا لم يكن مأذوناً في تعيينهم .

ويبدو أن الصواب في التفرقة بين ما إذا منع المدين من اللجوء إلى الغير لتنفيذ الالتزام ، بخالف في هذا المنع ، وبين ما إذا كان من الجائز له أن يحل غيره محله في تنفيذ الالتزام ، وبين ما إذا نص صراحة في العقد أو بحكم القانون على جواز إحلال شخص آخر محله في تنفيذ التزاماته .

وقد قلنا إنه في الحالة الأولى يكون المدين مسؤولاً عن جميع أفعال البديل مهما كانت هذه الأفعال (م ٧٠٨) .

وإذا كان من الجائز له أن يحل محله شخصاً آخر ، فيسأل عن أفعال البديل مسؤولية عقدية من فعل الغير (م ٥٩٥ / ١٧٣٥ والمادة ٦٦١ مصرى)^(٢) . وأما إذا لم يكن من الجائز في الأصل للمدين أن يحل محله شخصاً ، ثم صرح له بذلك ، فيسأل مسؤوليه عقدية عن الفعل الشخصى طبقاً للعرف والعادة وحكم القانون ولنية الأطراف . وقد حددت المسؤولية في المادة (٧٠٨) ف ٢ على هذا

(١) بازولا ص ٦٦ .

(٢) وقد طبقت محكمة النقض هذا الرأي في حكمها : بقولها المعامى المنتدب كل سلطة المحامى . الموكل في الحدود التى يقضيها ابتداء . فله مقتضى المادة ٣٢ من قانون المحاماة أن يثبت عنه في الحضور أو في المرافعة أمام المحكمة محامياً آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص مالم يكن توكيله مانعاً من ذلك (قضية رقم ٢٣ سنة ١٥ قضائية بمجموعة محمود عمر ص ١٢ ج ٥ حكم رقم ٧ .

الأساس ، فلم يسأل المدين في هذه الحالة إلا عن خطئه في اختيار البديل أو عن خطئه في إصدار التعليمات إليه^(١) .

وعلى هذا الوجه ينبغي أن يفهم حكم محكمة رين في ١٨٧١/٦/٥ في قضية شخص تعهد بتوريد شيء ، واشترط أن يكون هذا التوريد من مصنع معين ، فقيل بأن هذا الاشتراط بتعيين المحل ليس « إذناً » بالإبدال Autorisation de substitution ، واعتبر المدين الأصلي مسؤولاً عن تأخر حصول المتعهد به ولو كان هذا التأخر راجعاً إلى المصنع الذي تعهد بتوريده من عنده^(٢) .

إن المتعهد عادة يجوز له أن يرجع إلى من يشاء لتنفيذ التعهد ، وإذا اشترط أن يرجع إلى شخص معين ، وتبين من الظروف أنه قصد بذلك إبراء ذمته ، فإن المسؤولية العقدية من فعل الغير لا تثور . وهذا ظاهر في أحوال أخرى نص عليها القانون .

من ذلك أن أمين النقل لا يسأل عن وسيط النقل إذا كان اسم هذا الوسيط قد عين في وثيقة النقل ، إذ يعتبر ذلك تنازلاً عن مسؤولية الأصيل لتقوم مقامها مسؤولية هذا الناقل المتوسط^(٣) .

ومن ذلك أيضاً حكم المادة ٥٩٧ مصرى إذ نصت على براءة ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر :

١ — في حالة ما إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن .

٢ — إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له من المستأجر من الباطن دون أن يبدى أى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي .

(١) يذهب بعض الفقهاء خطأ إلى اعتبار المسؤولية الواردة في المادة ٧٠٨ ف ٢ عبارة عن مسؤولية عقدية عن فعل الغير . وهذا خطأ واضح فإن المسؤولية هنا ليست إلا مسؤولية من الفعل الشخصي على أساس الخطأ في الاختيار أو الخطأ في إصدار التعليمات قارن بهجت بدوى ص ٤٥٨ الوسيط ص ٦٦٧ نبذة ٤٣١ .

(٢) سليمان مرقص رسالة القاهرة ص ٤١٤ والحكم في سيري ١٨٧١ — ٢ — ١٧٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٩٣٥/٥/١٥ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٣١١ .

ومن هنا يتبين أن حكم محكمة «رين» صحيح حيث أن المحكمة لم تتبين بحق وجهاً لذلك التنازل الصريح ، وكان حكمها صحيحاً في إثباتها للمسئولية العقدية عن فعل الغير في هذه الحالة .

ونلاحظ أخيراً أن في رجوع البديل هو الآخر إلى الاعوان ، يطبق حكم القاعدة العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

ولقد ألمعنا إلى أن من البدلاء الذين قد يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته العقدية ، النائب القانوني (مع التجاوز في التعبير باستعمال لفظ يستخدم) . ففي الحقيقة أن القانون هو الذي يسخرهم لهذا التنفيذ . وكذلك يعتبر النائب الاتفاق من البدلاء إذا قام بالتنفيذ لحساب الموكل . وستكلم فيما يلي عن مسؤولية المدين قبل الدائن عن أفعال نائبه القانوني ونائبه الاتفاق .

الفرع الأول

في مسؤولية المدين عن نائبه القانوني

في تنفيذ الالتزام العقدي

لقد تعرضنا سابقاً لمسألة المسؤولية العقدية عن فعل النائب القانوني^(١)، وقلنا أن النائب القانوني لا يمكن أن يعتبر نائباً بالمعنى الفني لهذه الكلمة للأصيل في هذه الحالة ، وقلنا أن قواعد العدالة تقضي بعدم مسائلة الأصيل عن أفعال النائب القانوني الضارة أثناء تأدية وظيفته ، وهذا مادعا المشرع الألماني إلى النص على مسؤوليته ووضعه على قدم المساواة في ذلك مع معاون . وهذا ما فعله القانون البولوني أيضاً . وقلنا أن فقهاء القانون السويسري يرون تطبيق حكم المادة ١٠١ على النائب القانوني من باب القياس ، وقد عرضنا لرأي «بازولا» في هذا الشأن . ونزيد على ذلك بأنه قد جرت التفرقة بحق ، بين أن يقوم النائب القانوني بأعمال قانونية ، وهنا لاخلاف في أن أعماله التي وقعت منه في حدود نيابته ،

(١) راجع أعلاه في مشكلة المسؤولية العقدية في فترة تكوين العقد الكتاب الأول الباب الرابع .

يجب أن تسرى على الأصل طبقاً للبدا العام في النيابة التي نصت عليه مختلف التشريعات (مادة ١٠٥ من القانون الجديد) وبين ما إذا أقام النائب القانوني بأعمال مادية — ويكون في ذلك كالتابع — . فهنا تظهر الفائدة التي تعود من النص على مسؤوليته إلى جانب مسؤولية هذا الأخير ، وهذا هو ما فعله المشرع الألماني . ويكون الأصل في هذا القانون ملزماً طبقاً لمقتضيات حفظ التوازن الاقتصادي بين الأطراف ووجوب حماية الثقة بين المتعاقدين . وقد ذكرنا أنه بغير ذلك يحجم المتعاملون عن التعامل مع النائب القانوني .

وقد ذهبنا إلى القول أيضاً إلى أننا نعتبر مبدأ مسؤولية الأصل عن الأعمال القانونية ، طبقاً للبدا العام في النيابة عن فعل النائب القانوني ، قائماً على نفس الأساس الذي يقوم عليه مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وهو الضمان القانوني . على أن هذا الوضع غير ظاهر الخطورة من الناحية العملية إذ سواء أكانت المسؤولية هنا مسؤولية عن فعل الغير أم مسؤولية شخصية بالنسبة للأصيل ، فإن هذا الأخير لمسئول على كل حال ، ولن تختلف الآثار ما دامت المسؤولية قد تحققت في كلا الوضعين .

ولكن الصعوبة تقوم فيما يتعلق بأفعال النائب القانوني المادية . ونحن نرى ألا مناص من وجود نص يحكم هذه الحالة المادية . وإلا بقيت هذه المسألة بغير حل . ويمكن القول أنه تحت الظروف التي تحكم القانون المصري الجديد لا يجوز مساءلة القاصر عن أفعال الأصل المادية عند تنفيذه للالتزام . والقول بغير ذلك لا يقوم على أساس من نصوص القانون . والقضاء يحكم على الدوام بعدم مسؤولية القاصر عن الأفعال الضارة التي يرتكبها الوصي في أثناء تنفيذه الالتزام العقدي^(١) .

(١) وقد حكمت محكمة استئناف مصر أن أعمال الوكيل المختار ملزمة لموكله ما دامت في حدود التوكيل . أما الوكيل القضائي كالمقيم فلا تكون أعماله ملزمة للمجور عليه إذا ترتب عليها ضرر للغير بل تقع تبعاتها في هذه الحالة على القيم وحده .. وحيث أن القانون أوجد توكيلين أحدهما اختياري وهو الصادر من الموكل الذي اختاره بإرادته - فكل عمل ضار للغير عمله هذا الوكيل تقع تبعته على الموكل . والثاني وهو التوكيل القضائي فالضرر الذي يلحق الغير وبطلب =

الفرع الثانى

مسئولية الوكيل عن أفعال وكياله فى أثناء تنفيذ الالتزام العقدى

أشرنا سابقاً عند دراستنا لمسئولية الموكل عن أفعال وكياله فى فترة تكوين العقد إلى أن النائب الاتفاقى هو — حسب الراجح من الرأى فى الفقه والقضاء — فى كل من ألمانيا وسويسرا وفرنسا ومصر — من يقوم بأداء عمل قانونى لحساب الأصيل ، ولذلك فىمكن أن تثار مشكلة مسؤولية الموكل (الأصيل) عن أفعال الوكيل القانونية فى تنفيذ الالتزام .

ولعل من السهل تصور قيام هذه المسؤولية أثناء أداء العمل القانونى فى تنفيذ الالتزام من قبل الوكيل . وأن الصعوبة التى منعت من قيام مسؤولية القاصر عن أعمال الوصى لمتنتهى فى هذه الحالة وتلاشى . إذ أن العقبة التى كانت تقوم فى وجه هذه المسؤولية من وجوب حماية القاصر تزول بالنسبة للموكل الاتفاقى . ولذلك يكون فى استطاعتنا القول بقيام مسؤولية الموكل عن أفعال وكياله فى تنفيذ الالتزام فيما إذا ارتكب هذا الوكيل فعلاً خطأ أدى به إلى الإخلال بتنفيذ ذلك الالتزام العقدى . ويمكن أن تؤسس هذه المسؤولية فى هذه الحالة على أساس من المبدأ العام فى النيابة^(١) حيث يمكن اعتبار جميع أفعال الوكيل كأفعال الأصيل مادامت قائمة فى حدود النيابة أو الوكالة .

==عنه تعويض لا تقع تبعته مطلقاً على المحجور عليه بل يكون ملزماً به نفس القيم المذكور إذ أنه فى الحالة الأولى يكون تعويض الضرر على الموكل لأنه لم يحسن الاختيار وأخطأ فيه أما فى الحالة الثانية فإن الاختيار حصل من غيره فلا يسأل عنه إذ الشريعة تحافظ كل المحافظة على أحوال المحجور عليه . استئناف ٩١١/٣/١ المجموعة رقم سنة ٢٣ الفهرس العشرى الأول للمجموعة رقم الحكم ١٦٣٧ ص ٢١٤ . وراجع استئناف مصر فى ١٨٩٤/١/٤ مجلة القضاء السنة ١٨٩٥ ص ٢٩٢ وراجع نقض فرنسى فى ١٨٩٣/٣/٢١ : نقول محكمة النقض لا يسأل القاصر عن الأفعال التصديرية ولا عن النفس أو الخطأ الجسيم الذى يرتكبه الوصى فى أثناء أو بمناسبة أدائه لوظيفة الوصاية . (سبرى ١٨٩٥ — ١ — ٢٤١) .

وراجع أيضاً فى عدم مسؤولية الوقف عن أعمال الناظر طبقاً للمادة ١٥٣ مصرى قديم ١٧٤ جديد حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٠ — ٣ — ١٩٣٧ مجموعة سنة ٣٨ رقم الحكم ١٥٢ لأن الناظر إنما يمثل الوقف بما فيه صالحه وفائدته طبقاً للشروط المنصوص عليها فى الشريعة . وراجع أيضاً محكمة استئناف مصر ١٩٣٤/١/٢٥ الجازيت ١٩٣٨/١٩٣٧ ص ٤٠ رقم ٣٥ (١) المادة ١٩٩٤ من القانون الفرنسى والمادة ١٠٥ من القانون الجديد .

أما في الأحوال التي لا يكون فيها الوكيل تابعا فيمكن القول أيضا — طبقاً لما هو معروف من أن المدين يسأل عن فعل كل الأشخاص الذين يستدعيهم للتنفيذ بدلا عنه — بجواز قيام مسؤولية الموكل عن أفعال وكيله في تنفيذ الالتزام وفقاً للمبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

وعندى أن المقياس الوحيد الذي يشمل جميع هؤلاء الذين أشرنا إليهم هو أن المدين يسأل عن أفعال كافة الذين لهم معه علاقة أو رابطة متعلقة بموضوع الالتزام الذي التزم به قبل الدائن وعهد إليهم بشأن من شؤنه .

ومن هنا ندرك أن « بيكيه » قد خافه التوفيق عندما أراد أن يميز في عقود السكن في الفنادق بين مسؤولية أصحابها عن أفعال المترددين عليها ، وبين مسؤوليتهم عن أفعال معاونيهم ومستخدميهم . واعتبر المسؤولية في الحالة الأولى مسؤولية عقدية عن أفعالهم الشخصية على أساس وجود قرينة الخطأ في مراقبة نزلاء الفندق أو الخان .

على أنه يسهل الآن الرد على هذا الرأي : بأن هؤلاء الذين يترددون على الفندق يمكن اعتبارهم بكل سهولة من الأشخاص الذين تجمعهم والمدين صاحب الفندق علاقة تخص موضوع الالتزام التعاقدى القائم .

والمسؤولية هنا أساسها الضمان القانوني الذي يلقي على عاتق كل متعاقد عن أفعال غيره ممن تتعلق أفعالهم بموضوع الالتزام التعاقدى . وإذا توخينا الدقة لقلنا أن هذا المقياس هو المقياس اليم الذي يمكن أن تقاس به كل حالة من حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

ونخلص من هذا كله إلى أن المدين يسأل عن فعل كل شخص عهد إليه بتنفيذ الالتزام التعاقدى الذي التزم هو به ، أو تركه يمارس حقا من حقوقه التي تلقاها بالعقد ، وأنه بالنظر إلى هذا المعيار ، يسأل عن أتباعه وأعوانه ونائبه القانوني وعن وكيله . ولا يشترط إذن لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير قيام علاقة التبعية بين المدين وبين ذلك « الغير » الذي يستخدمه في التنفيذ أو يمارس

برضاه بعض حقوقه . ومن هنا يظهر أن نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير أوسع من نطاق المسؤولية المقابلة : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير . حيث يشترط فيها قيام علاقة التبعية بين المسؤول وبين فاعل الضرر . وتطبيقاً لذلك حكم بأن الزوج لا يسأل عن زوجته مسؤولية تقصيرية ، فليست هناك بينهما علاقة تبعية على النحو الذى يلزم لتطبيق المادة (١٣٨٤ ف / ١٧٤ مصرى) على أنه قد يسأل عن أفعالها مسؤولية عقدية ، كما لو كان مستأجراً لفصل الضرر فى المأجور بفعلها ، وذلك طبقاً للمادة (١٧٣٥) من القانون الفرنسى ^(١) ، ويمكن تطبيق هذا الحكم فى القانون المضرى والسويسرى والألمانى طبقاً لل مواد ٢١٧/١٠١/٢٧٨ من هذه القوانين .

وإذا اتفق وسئل الشخص عن أفعال أبنائه وعن من عليه واجب مراقبتهم طبقاً للمادة (١٧٣/١٣٨٢ ف) فإنه من الواضح أن هذه المسؤولية ليست مسؤولية عن فعل الغير ، طالما أمكن للمسؤول أن يدفع المسؤولية بنفى الخطأ عن نفسه . فهى مسؤولية شخصية مرجعها إلى القواعد العامة . وقد كان « بلانيول » أول من نبه إلى ذلك ^(٢) أما فى وضع المسؤولية عن فعل الغير ، فإن المدين يسأل عن أفعال هؤلاء مسؤولية مطلقة .

وتعليل قيام مسؤولية المدين العقدية من حيث الأشخاص على أوسع مما تقوم عليه مسؤولية المتبوع التقصيرية ، أمر فى غاية اليسر والسهولة . فالمدين ، طبقاً للقاعدة العامة فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير التى تنتصب إلى جانب القاعدة العامة فى المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى ، يسأل ابتداء عن عدم تنفيذ الالتزام العقدى بفعل جميع الأشخاص سوى من كانوا أجانِب بالمعنى الذى يكون السبب الأجنبى ، فى حين أن العكس هو الحاصل بالنسبة للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، إذ إنها تقوم استثناء يرد على المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى ، ولهذا بنيت على أساس من علاقة التبعية فحسب .

(١) نقض عرائض ٢١/١٠/٩٠١ دالوز ١٩٠١ — ١ — ٥٢٤ .

(٢) راجع مازو جزء ١ نبذة ٧٦٧ والسنهورى الوسيط هامش ص ١٠٠٥ .

الفصل الثالث

مسئولية الشخص المعنوى العقدية عن فعل الغير

فى كل الأحوال التى عاجلناها فيما سبق يبدو واضحاً أن الكلام فيها كان قد انصرف إلى مسؤولية الشخص الطبيعى عن أفعال الذين ذكرناهم ممن يسأل عنهم . فما هو الموقف بالنسبة للشخص المعنوى ؟

من المعلوم فى فقه القانون الوضعى أن الشخص المعنوى هو كالشخص الطبيعى سواء بسواء وذلك على الأقل من ناحية المسؤولية المدنية ، وهو لذلك قابل لأن يسأل مسؤولية عقدية . حيث أن للشخص المعنوى ذمة مالية متميزة ، يستوى فى هذا أشخاص العام ، العام كالدول والمؤسسات العامة الأخرى عند ما تقوم هذه الأشخاص بنشاط يتعلق بالقانون الخاص ، وأشخاص القانون الخاص من شركات ومؤسسات^(١) .

وتثار عادة مشكلة مسؤولية الشخص المعنوى العقدية عند عدم تنفيذ الالتزامات التى عقدت باسمه فى حالتين :

١ — الحالة الأولى : هى مسؤولية الشخص المعنوى عن أفعال المستخدمين والعامل وغيرهم من معاونين والأتباع .

٢ — الحالة الثانية : هى مسؤولية هذا الشخص المعنوى عن أفعال المدير ومجلس الإدارة .

ولا نزاع فى أن مسؤولية الشخص المعنوى عن أفعال الأعوان إنما هى مسؤولية عقدية عن فعل الغير متى عهد الشخص المعنوى أمر تنفيذ الالتزامات إلى هؤلاء بواسطة مجلس الإدارة أو المدير . أو بالأدق أن مسؤوليته تشمل جميع الأفعال الخطأ التى ترتبت من فعل أشخاص لهم معه أية علاقة تخص موضوع الالتزام القائم بينه وبين الأطراف .

غير أن النزاع قد جرى فيما يتعلق بالحالة الثانية .

وقد قيل بنظريتين في هذه المسؤولية :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن مسؤولية الشخص المعنوى هي مسؤولية شخصية بناء على انعدام إرادة الشخص المعنوى . وليس غير إرادة المدير أو مجلس الإدارة من يعبر عن حقيقة الالتزامات والتعاقدات التي تحصل بين الشخص المعنوى والأطراف الآخرين . إن شخصية الشخص المعنوى لتندمج في شخصية المدير أو مجلس الإدارة ، وبذلك يكون عمل المدير بالنسبة لعدم تنفيذ الالتزامات التي عقدها ، عبارة عن عدم تنفيذ تحقق بموجبه المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي .

وذهب رأى آخر من الفقهاء إلى اعتبار هذه المسؤولية مسؤولية عقدية عن فعل الغير . بناء على أن للشخص المعنوى شخصية مستقلة عن شخصية المدير أو مجلس الإدارة ، وأن المدير أو المجلس هو نائب للشخص المعنوى في القيام بحقوق أو التزامات الشركة .

وعندى أن الرأى الذى يقرر وجود إرادة خاصة للشخص المعنوى هو الأقرب إلى الصحة طبقاً للتصور الحديث لفكرة الشخص المعنوى .

ويطبق في هذه الحالة حكم الوكيل الاتفاقى بالنسبة للشخص الطبيعى على حالة المدير ، أو مجلس الإدارة ، أو العضو الذى يمثل الشخص المعنوى في علاقاته بالكافة .

ويستهدف هذا الرأى للاعتراض فى أن هذا يؤدى إلى جواز اشتراط الإعفاء طبقاً لل مادة ٢١٧ من القانون الجديد بالنظر للشخص المعنوى عن أفعال المدير أو مجلس الإدارة . ولهذا ذهب الدكتور السهنورى إلى الرأى الأول حتى يدفع هذا الاعتراض^(١) . ونحن نرى أنه لا مانع يمنع مبدئياً ، من جواز اشتراط الشركة اعفاءها من الخطأ البسيط أو الخطأ الجسيم الذى يقع فيه مديرها مثلاً ، على أن يلاحظ إمكان إبطال هذا الشرط إذا تبين أنه من شروط الأذعان . ويمكننا بذلك الوصول إلى تحقيق التناسق المنطقي فى أحكام القانون ، وإلى ملاءمة هذه الأحكام لواقع الحياة العملية .

وقد ألمعنا فيما سبق أنه لا غبار على جواز قيام مسؤولية الموكل عن أفعال وكيله مسؤولية عقدية عن فعل الغير طبقاً للمادة ٢١٧ . وهذا التطابق بين مسؤولية الشخص المعنوى وبين مسؤولية الشخص الطبيعي في هذه الحالة مقرر في كافة التشريعات وخصوصاً تلك التشريعات التي تنص على مبدأ عام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

وقد حكم في سويسرا بأن إدارة إحدى البلديات إذا ما تدخلت في تجارة الأخشاب ، واختارت شخصاً للقيام بهذه المهمة فإن هذه الإدارة تسأل عن تنفيذ الالتزام وعن فعل هذا الشخص في هذا الخصوص^(١) .

وفي المشروعات الخاصة حكم بأن شركة التأمين تسأل عن أعمال أعوانها باعتبارهم هذا^(٢) .

وفي ألمانيا يطبق حكم المادة ٢٧٨ على الشخص المعنوى في حالة عدم تنفيذ الالتزام الحاصل من فعل أحد رجاله .

وقد أصبح اليوم مجال تطبيق هذه المادة من حيث الأشخاص يشمل أيضاً أشخاص القانون العام عن أفعال تابعيهم لصالح الدائن على شرط أن يكون الدائن شخصاً معيناً بالذات^(٣) .

وقد كتب « سالى » في هذا المقام يقول : هناك أمر لا تتطرق إليه صعوبة ما ، ذلكم هو مسؤولية الأشخاص المعنوية عن تنفيذ الالتزام أو عن التنفيذ الخطأ لهذا الالتزام عن طريق الغش الذى يرتكبه رجالها .

ومن المنطقي أن الشخص المعنوى لم يعط لهؤلاء النواب سلطة ارتكاب الغش وإظهار سوء النية في تنفيذ الالتزامات العقدية ، ولهذا يجب أن يبحث الأساس الصحيح في هذه المسؤولية وهو الضمان . فإن أساس مسؤولية هؤلاء الأشخاص المعنوية هي أنهم ضمنوا تنفيذ الالتزامات التي يعقدها رجالها

(١) بازولا ص ١١٨ .

(٢) بازولا ص ؟

(٣) بازولا ص ١٢٩ .

كما لو كانت هذه الالتزامات تنفذ بواسطة هذا الشخص المعنوى أو هذه الأشخاص المعنوية بنفسها لو أمكنها ذلك^(١).

وفي القضاء المصرى حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ١١/٦/١٩١٣ بأن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة بخلاف الشركاء^(٢).

جواز الرجوع على « الغير » الذى ارتكب الفعل الخطأ مسبباً الضرر الذى

سئل عنه المدين:

ومن المقرر أنه يمكن للمدين أن يرجع على الشخص الذى ارتكب الفعل الخطأ الذى سئل هو عنه^(٣). وهذا يصدق على المسؤولية العقدية عن فعل الغير كما يصدق على المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير .

(١) سالى — النظرية العامة ص ٣٩١ نبرة ٣٢٠ .

(٢) م ع ٢٥ ص ٤٣٥ . وراجع أيضاً فى نفس المعنى نفس المحكمة فى حكمها بتاريخ ٣٠/١/٢٣ ص ١٨٩ .

(٣) راجع ديوج ج ٦ ص ٦٣٥ ويكيه المرجع السالف الذكر ص ٣١٦ .

الباب الرابع

تطبيقات مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير

تظهر أهم التطبيقات التي أوردتها مشروع القانون الجديد لمبدأ المسؤولية عن فعل الغير، في أحوال الإيجار، وعقود المقاولة وفي بعض أنواع الوديعة. ويعتبر من أهم تطبيقاته أيضاً المسؤولية عن حوادث النقل، وستتكمّل لذلك عن هذه الأحوال فيما يلي :

١ - مسؤولية المؤجر والمستأجر عن أفعال من يسألان عنهم

لقد أورد القانون الجديد تطبيقات مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في الإيجار في عدة مواد . فالمادة (٥٧١ ف ٢) تناولت مسؤولية المؤجر عن أفعال أتباعه (بالمعنى الواسع لهذه الكلمة) ، وقد نصت على أنه « ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه بل يمتد هذا الضمان إلخ .. » وقد جاء المشرع المصري بهذا النص تأكيداً للبداية العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير المشار إليه عرضاً في المادة (٢١٧) من القانون الجديد . وقد ورد مثل هذا النص الذي هو نص المادة (٥٧١ ف ٢) في القانون اللبناني (م ٥٥٣) وفي القانون العراقي م (٧٣٥) وفي القانون المراكشي (م ٦٤٤) .

وتعرض كل هذه النصوص لحالة من حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، بالإضافة إلى أنها تعرض في الوقت نفسه للضمان المعروف في البيع والإيجار ، في حالة « التعرض » . وإذا أدركنا ما تتميز به المسؤولية بالمعنى الفني الدقيق عن الضمان ، ولو أخذنا مثلاً لذلك ضمان التعرض في الإيجار الذي يقوم على عدم تحقق النتيجة التي يقصد إليها المستأجر من الإيجار بحصول التعرض وبعدم تمكنه بالتالي من الانتفاع نتيجة لهذا التعرض، وإذا لاحظنا أن المسؤولية

ترتبط تماماً بفكرة الخطأ ، لا تضح لنا صدق القول بأن المسؤولية عن فعل الغير ما هي إلا صورة من صور الضمان .

وعلى كل فإن ضمان المؤجر لا يقتصر على الأفعال التي تصدر منه شخصياً بل يمتد إلى الأفعال التي تصدر من أتباعه كاللبواب وخفير الزراعة والبستاني^(١) ويشترط لشغل مسؤولية المؤجر :

(١) أن يقع الإخلال نتيجة فعل شخص يعتبر من أتباعه . ويجب أن يتوسع في معنى التابع فلا نقصره على الشخص الذي يعمل تحت إشراف المتبوع وتوجيهه كاللبواب والخدام كما هو المعنى العادى للفظ التابع الذي قصده الشارع في المادة (١٧٤) ، ولكنه يشمل كل شخص يقوم بعمل نتيجة رضا المؤجر ولو لم يكن تحت توجيهه وإرشاده كالمهندس والمقاول الذي يعهد إليه بإجراء ترميم في العين^(٢) .

(٢) أن يقع الإخلال من التابع في أثناء تأدية وظيفته أو بسبب هذا الأداء^(٣) كما لو أهان البواب المستأجر أو أحد تابعيه أو زائريه . أما إذا كان الفعل الذي أجراه التابع غير داخل في مهنته فلا يضمنه المؤجر كما إذا أرسل المستأجر البواب ليشتري له شيئاً فبدد النقود .

ويمكن أن يقال أن جميع الأفعال التي يأتيها التابع مخالفاً مخالفة صريحة أوامر المتبوع (المؤجر) تعتبر خروجاً من التابع عن أعمال الوظيفة ، وقد تؤدي إلى نفي صفة التابع عنه ، كما إذا طرد الأب ابنه البالغ من البيت أو طرد خادمه منه ، فأشعل أحدهما النار فيه .

(١) راجع عبد الفتاح عبد الباقي : محاضرات في العقود : الإيجار ص ١٥٢ وما بعدها والسنهوري عقد الإيجار ص ٣٠٢ ، وساجان مرقص إيجار الأشياء بالفرنسية ١٩٤٧ ص ١١١ .
(٢) وقد حكمت محكمة شامبرى في ١٣/١٢/١٨٧٨ بمسئولية المؤجر عن أعمال المقاول الذي يصيب أحد أولاد المستأجر بالضرر مسؤولية عقدية طبقاً للمادة ١٧٣٥ ف . م س ١٨٧٨ .
— ٢ — ١٧٣ .

(٣) على أن يكون فعل الغير متعلقاً بالمهمة التي عهدت إليه ومتصل بها وإلا انتفت مسؤولية المدين العقدي وأمكن البحث في جواز الرجوع إلى المسؤولية التقصيرية طبقاً للمادة (١٧٤/١٣٨٤) راجع الباب الثاني في هذا الكتاب ص ٢١٦ وما بعدها

٣ — أن لا يأتي فعل التابع نتيجة تقصير من المستأجر . ففي هذه الحالة لا يستطيع هذا الأخير أن يشكو من فعل كان السبب فيه تقصيره هو^(١) .

وفي القضاء المصري والقضاء الفرنسي تطبيقات كثيرة في هذا الخصوص^(٢) هذا ولم يورد المشرع المصري تطبيقاً آخر معروف يعتبر من أهم التطبيقات للبند في القانون الفرنسي والذي يتعلق بمسئولية المستأجر في أفعال أشخاص المنزل personnes de la maison . بل اقتصر المشرع على النص الوارد في المادة (٥٨٢)

بأنه : يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الرجل العادى . وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً . ويقرر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي أنه لا شك في اتباع هذا الحكم في حالة مسئولية المستأجر عن هؤلاء (أشخاص المنزل) ، إذ أن مجرد ادخاله لشخص ما في العين يجعله مسئولاً قبل المؤجر شخصياً ، ويعتبر المستأجر قد تسبب في التلف الذي أحدثه أحد النازلين لمجرد أنه سمح له بالدخول في العين المأجورة^(٣) . وعندى أن هذا التصوير غير صحيح فلا يمكن القول أبداً بأن المستأجر يخطئ بمجرد أن يسمح باستعمال العين للأشخاص الذين يوجدون عادة فيها ، إذ أن هذا الأمر من صميم حقوقه ، وقد أشارت المادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى ، وهى المادة التى تقيم مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، إلى ذلك صراحة ، ورتبت بالرغم منه ، مسئولية كل شخص يدع غيره يمارس حقاً من حقوقه هو . ثم أن الدكتور عبد الفتاح نفسه يسلم بأن المؤجر إنما يسأل عن أفعال تابعه إذا أضر بالشخص الذى يوجد فى المحل المستأجر ، وكان هذا الشخص ذا علاقة مع المستأجر نفسه كالزائر وغيره . وعلى هذا يكون القول بتأسيس مسئولية المستأجر عن فعل من يوجد فى المأجور برضاه على أساس الخطأ الشخصى ، تأسيساً

(١) عبد الفتاح عبد الباقي المرجع المشار إليه سابقاً ص ١٥٢ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٧/١٢/١٩٢٨ الفقرة القضائية لسنة ٢١ ص ١٤٠ واستئناف مصر فى ١٣/١/١٩٢١ سنة ٢١ الفهرست العشرى رقم ٣١٢ ص ١٧٤ ومحكمة السين المدنية فى ٣٠/١١/١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٤ — ١ — ٥٧ ومحكمة استئناف باريس

فى ١٣/٧/١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ — ٢ — ١٠٥ .

(٣) المرجع المشار إليه سابقاً هامش ص ٢١٥ .

خاطئاً . ويمكن القول بأن أساس هذه المسؤولية قائم على الضمان القانوني : ضمان المستأجر لأفعال الذين يوجدون في العين المأجورة بإرادته الصريحة أو الضمنية ، وذلك طبقاً للبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وعلى هذا فيسأل المستأجر عن التلف أو الهلاك الذي يحصل نتيجة فعل أشخاص المنزل من أفراد عائلته أو خدمه أو زائريه ، وعلى العموم عن فعل كل شخص يسمح له بالدخول في العين^(١) .

وقد طبق القضاء المصري في ظل القانون القديم هذا الرأي في كثير من أحكامه^(٢) . والقضاء الفرنسي ملء بمثل هذه الأحكام أيضاً^(٣) .

ومن تطبيقات مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في الإيجار أيضاً ما جاء في نص المادة (٥٩٥) مصري - ٧٧٧ عراقي وبعد أن أقر المشرع المصري جواز التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن م (٥٩٣) ، نص في المادة المشار إليها (٥٩٥) على أن المستأجر يبقى ضامناً للتنازل له عن الإيجار في تنفيذ التزامه (المواد ١٧١٧ فرنسي - ٧٧٢ تونسي ، ٦٦٨ مراكشي ٥٤٩ ألماني ، ٢٦١ سويسري) . وتطبيقاً لذلك إذا لم يدفع المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن الاجرة ، أو أساء أحدهما استعمال العين أو أحدث بها تلفاً أو لم يردها في الميعاد كان للوَجَر أن يرجع على المستأجر على أساس أنه الضامن لهؤلاء في تنفيذ التزامهم^(٤) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢١٥ وسليمان مرقص : الإيجار ص ١٤٠ وما بعدها السهوري . الإيجار ص ٣٤ و ص ٣٤٨ وما بعدها وراجع أيضاً المادة ٢٦١ ف ٢ سويسري .
(٢) وقد حكمت محكمة استئناف مصر في ٩٢١/١/٢٢ بأن من استأجر محلاً بفرض جعله فندقاً فإنه قد اندفق بحريق ناشئ عن إهمال أحد ساكنيه كان المستأجر مسؤولاً قبل المالك عن ذلك طبقاً للمادة ٣٧٨ . بمجموعة سنة ٢١ رقم ٦٧ الفهرست المصري تحت رقم ١٣١٢ ص ١٧٣ واستئناف مصر في ١٩٢٣/١/٣١ بمجموعة سنة ٢٥ رقم ٤٨ الفهرست تحت رقم ١٣١٦ ص ١٧٣ .
(٣) محكمة سك Sek في ١٩٤١/٤/٨ دالوز ١٩٤٢ - ١ - ص ١٣ واستئناف باريس في ٤٦/٥/٢٢ جازيت دي باليه ١٩٤٦ - ٢ - ٦ ونقض فرنسي في ١٩٢٥/٧/٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ ص ٥٥٣ .
(٤) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٣ واستئناف مختلط ١٩٠٠/١١/١٣ النشرة القضائية

سنة ٢٣ ص ١٠ وراجع روسل ج ٣ ص ٣١٦ وراجع curti في شرح القانون المدني والتجاري =

على أن هذه المسؤولية قد ترتفع إذا ما صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن أو إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن ودون أن يبدي تحفظاً في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (م ٥٩٧ مصرى ٧٧٨ عراقى) .

٢ — المسؤولية العقدية عن فعل الغير في عقود المعاولة

ومن الحالات التى طبق فيها المشرع الجديد المبدأ العام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير حالة عقود المعاولة من الباطن فنص فى المادة (٦٦١) على أنه يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملة أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن . . ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل . وقد كان هذا التطبيق وارداً أيضاً فى القانون القديم م ٥٠٥/٤١٣ . وهو نفس الحكم الوارد فى المادة (١٧٩٧) من القانون الفرنسى والمواد (٤٨٠) بولونى و ٣٦٤ سويسرى و ٨٨٢ عراقى و ٧٧٤ تونسى . وقد عرضت للقضاء المصرى والقضاء الفرنسى حالات كثيرة طبق فيها أحكام هذه المادة بوضوح^(١).

وقد حكمت محكمة النقض الدائرة التجارية : أنه إذا ثبت مسؤولية المقاول من الباطن بأن أهمل وترتب على هذا الإهمال ضرر بالغير كان المقاول الأصلى مسؤولاً عن هذا الإهمال طبقاً للمادة (٤١٣)^(٢).

= الانجليزى ص ١٤٦ . هذا ونلاحظ أنه ما من مانع يمنع تطبيق قواعد المسؤولية عن فعل الغير فى هذه الحالة إذا ما حصل الإخلال بالتزام المستأجر مثلاً بحفظ المأجور بفعل المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار رغماً عن التصوير الذى يصوره الدكتور سايان مرقس من أن هذه المواد تعالج وضع حوالة الحق وحوالة الدين (راجع كتابه عن الإيجار المشار إليه سالفاً هامش ص ١٦٦ والمراجع إليها فيه .

(١) استئناف مختلط فى ١٩٢٦/٥/٧ الجازيت ١٩٢٦ رقم ٧ ص ٨ واستئناف مختلط فى ١٩٢٩/٨/١٠ الجازيت سنة ٣١ ص ٣٨٧ واستئناف مختلط فى ١٩٢٩/١/١٧ الجازيت ١٩٢٩ — ١٩٣٠ رقم ٣٠ ص ٤١٢ ومحكمة بواتيه فى ١٩٠٤/١٢/١٢ دالوز ١٩٠٥ — ٢ — ٤٥٤ ونقض فرنسى فى ١٩٠٧/١/٣٠ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٤٣٢ .
والاسكندرية الكلية فى ١٩٣٣/٢/٢١ القهرست العشرى الثانى تحت رقم ٢٢٥٤ .
(٢) المجموعة سنة ٤٥ رقم ٢٨ ص ٥٢ .

ومن الواضح أن مسؤولية المفاوض لا تقتصر عند قيامها على الأفعال التي يأنها المفاوض الثاني ، فان المفاوض ليسأل كذلك عن أفعال عماله وأتباعه طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(١) .

(٣) تطبيقات المسؤولية العقدية عن فعل الغير

في الوديعة وفي بعض أنواعها

إن من أهم الالتزامات في عقد الوديعة التزام الحفظ ، فهو المضمون الطبيعي لهذا العقد . وتحكم قواعد المسؤولية في عقد الوديعة المواد (٧١٩ ، ٧٢٠ ، ٧٢١) من القانون الجديد فيما يتعلق بالوديعة البسيطة ، والمادة (٧٢٧) فيما يتعلق بالوديعة الجارية ، ويمثل هذه الأحكام ماورد في المواد (٧٠١ — ٧٠٤) من القانون الألماني^(٢) .

تنص المادة (٧٢٠ مصري ٩٥٣ عراقي) على أنه : إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد .

أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد .

وتنص المادة (٧٢١ مصري ، ٩٥٣ عراقي) ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة .

ويمكن تلخيص قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير فيما يتعلق بالوديعة بالنظر إلى هذه المواد كما يلي :

(١) قارن المواد ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٨٧ من قانون الالتزامات السويسري

(٢) فيما يتعلق بتعلق بالقانون الإنجليزي انظر جكنس في الوديعة ص ١٣٩ مادة ٤٤٩ . وقد ألعنا فيما سبق إلى موقف الشريعة الإسلامية من أحكام الوديعة وفي بعض المذاهب لا تخرج هذه الأحكام عن الأحكام المقررة في القوانين الحديثة . راجع الباب الأول في الكتاب الأول من الرسالة ص ٦٤ وما بعدها .

١ — ففما يتعلق بالوديعة بغير أجر يسأل الوديع طبقاً للقاعدة العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، عما يصيب الوديعة من تلف أثناء حفظها وذلك في الحدود التي يسأل فيها الوديع نفسه لو كان هو الذي قام بالفعل الذي أدى إلى تلف الوديعة .

وإجماع فقهاء الشريعة على أن الوديع لا يسأل عن فعل آخر غيره إلا بتعديه أو بتفريطه . فلو كان الوديع قد حفظ الوديعة كما يحفظ ماله وأتلفها أحد أبناءه أو أقرباءه أو أصدقائه فإنه يسأل طبقاً للمبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القوانين الوضعية التي أخذت بالمبدأ العام ، ولا يسأل في الشريعة . وهذه هي إحدى الحالات التي تدق فيها المشكلة في القوانين الحديثة عندما لا نجد في نصوص القانون نصاً يقيم ذلك المبدأ العام . إذ تبقى المشكلة متأرجحة بين اعتبارات مختلفة ، ومن هنا خاب أملنا بعض الشيء في نص المادة ٢١٧ من القانون الجديد التي نصت على هذا المبدأ العام بصورة غير مباشرة فلم تسعفنا إلا قليلاً .

٢ — أما فيما يتعلق بالوديعة بأجر فإن الوديع يضمن أفعال غيره عن أشرنا إنهم أى من كانت له معهم علاقة متعلقة بالشئ موضوع الوديعة وذلك طبقاً للمبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، ولا صعوبة في القول بهذه المسؤولية^(١) .

٣ — هذا ويمتنع الوديع من إيداع الوديعة عند آخر غيره مهما كان هذا الشخص وصفته ، فإذا أودعها فيكون قد ارتكب خطأ يسأل عنه مسؤولية شخصية^(٢) . وإذا دفعته ضرورة ملجئة عاجلة إلى إيداعها عند شخص آخر فلا يسأل إلا إذا ساء اختيار هذا الشخص ، وتكون مسؤوليته هنا مسؤولية شخصية أيضاً .

أما فيما يتعلق بالوديعة الجارية فقد نصت المادة (٧٢٧ مصري و ٩٧٢

(١) راجع حكم استئناف مصر في ١٩٣٢/١٢/٢٠ بمجموعة ١٣ رقم ٤٣٣ من ٨٨٢ .

(٢) ويستطيع الوديع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أن الشئ الودع كان سيهلك على كل حال (راجع الدكتور محمد على عرفة : العقود الصغيرة ١٩٤٥ ص ١١٦ وما بعدها) .

عراقى (و ٧٠١ - ٧٠٤ المائى) على أنه يكون أصحاب الفنادق والخانات ومن مائلهم فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان .

غير أنهم لا يكونون مسئولين فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين جنيها ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلوها عهدة فى ذمتهم . أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من تابعيهم .

ويظهر من هذه المادة مدى ما وسع الشارع من مسئولية أو بالأحرى من ضمان أصحاب الفنادق والخانات لجاوز — من ناحية الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين — إلى أشخاص ليسوا من تابعى أصحاب الفندق أو الخان بل لا توجد بين هؤلاء وأولئك سوى علاقة واهية بعض الشيء فيما يخص موضوع المسئولية . فالمترددون على الفندق أو الخان وهم الأشخاص الذين يغدون ويروحون فى الفندق أو الخان والذين يطلق عليهم بالفرنسية «Allant et venant» اعتبروا فى هذه المادة من الأشخاص الذين يسأل عنهم أصحاب الفندق أو الخان . وتوضح الفقرة الثانية من هذه المادة مدى مسئولية أصحاب الفنادق والخان عن أخطاء تابعيهم عند امتناعهم عن تسلم الأشياء من المسافرين .

ويظهر كذلك أن هذه المادة تقيم ، فى فقرتها الأولى ، مسئولية شديدة على عاتق أصحاب الفنادق والخانات ، بما حدا بالقضاء إلى تضيق نطاق تطبيقها وقصرها على أصحاب الفنادق والخانات فحسب . ولذلك فلا تطبق هذه المادة على أصحاب المطاعم والمقاهى والملاهى أو أصحاب (البنسيونات) ، وحتى أن القضاء قرر أيضاً أن أصحاب الفنادق لا يسألون قبل الأشخاص الذين يقيمون عندهم لمدة طويلة (١) .

(١) راجع دكتور محمد على عرفة : العقود الصغيرة ص ٥٨ وما بعدها . وقد حكمت المحكمة العليا فى فينا فى ١٨٩٧/٤/٤ بأنه لا يمكن تشبيه صاحب المقهى بصاحب الفندق من ناحية مسئوليته عن سرقة أمتعة الزبون : الجازيت ١٩١١ — ١٩١٢ ص ٢٢ . وقد حكمت محكمة =

٤ — تطبيقات مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير

في عقود النقل

من الأحوال الخطيرة التي تثور بشأنها المسؤولية العقدية عن فعل الغير حوادث النقل التي أخذت تلفت النظر بازديادها وكثرتها في الأزمنة الحديثة^(١). والنقل بنوعيه نقل الأشياء ونقل الأشخاص والنقل بعوض والنقل المجاني يخاق مشاكل عديدة في تحديد طبيعة المسؤولية ومداها . ثم أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير لتجد في حوادث النقل فرصتها الذهبية في التطبيق ، وذلك لأن الغالب في النقل أن يكون برجوع الملتزم بالنقل إلى غيره ، من الأشخاص ليساعده فيه ليقيموا مقامه في تنفيذه . وهذا ما يحدث عادة في عقود النقل بالسكك الحديدية أو عن طريق البحر أو عن طريق الجو . ولهذا سنقسم الكلام عن النقل إلى الكلام في نقل الأشياء ثم في نقل الأشخاص ثم نعرض إلى الكلام في النقل المجاني .

نقل الأشياء :

ولقد أصبحت المشكلة مفروغا منها بالنظر إلى هذا النوع من أنواع النقل ، وسهل القول فيه اليوم بأن المسؤولية التي تقع على عاتق متعهد النقل عبارة عن مسؤولية عقدية^(٢) .

ويخضع نقل الأشياء على العموم لقواعد القانون التجاري سواء أكان الناقل ينقل البضاعة مباشرة أم يلجأ في ذلك إلى وسيط للنقل . والنقل البحري يحكمه القانون البحري الذي هو فرع من القانون التجاري أيضاً^(٣) .

= باريس بأن الذين يسكنون مدة طويلة في الفندق لا يمكن أن يعتبروا من قبيل المسافرين ولكن من قبيل المسافرين في علاقاتهم بصاحب الفندق : باريس في ١٤/٥/١٩٣٠ جازيت دي باليه ١٩٣٠ — ١ — ٨٦٥ . وراجع المواد (٥٥٠ — ٥٥٢) في جنكس هامش ص ١٦٧ ويشير فيه إلى رأي لاموند في أن المستأجر لفرفة في الفندق أو الخان لا يعتبر مسافراً .

(١) عبد السلام ذهني شرح القانون التجاري ص ٤١٤ وأحكام القضاء الفرنسي مشار إليها في الهامش . والزيتي ج ٢ ص ٩٧ .

(٢) راجع قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ .

(٣) ومسؤولية أمين النقل تقع عليه بحكم القانون إذ أنه يعتبر ضامناً لوصول البضاعة سليمة في =

ويميل الفقه والقضاء اليوم إلى القول بقيام مسؤولية الناقل حتى عن الحوادث الفجائية التي قد تقع في حدود دائرة عمل الناقل . ومن باب أولى يجب القول بقيام مسؤولية الناقل عن فعل الأشخاص الذين يعهد إليهم بأمر تنفيذ النقل أو بمساعدتهم له فيه .

وقد طبقت المادة (٩٨/٩٣) تجارى مصرى والمادة (٩٩) من القانون التجارى الفرنسى مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . فنصت المادة المصرية على ما يأتى : ويكون الوكيل الأصيل بالعمولة ضامناً لأفعال الوكيل بالعمولة الذى وسطه وأرسل له البضائع إذا لم يعين التاجر فى خطاب الإرسالية المتوسط المذكور (يريد الوسيط : تعليق عبد السلام ذهنى القانون التجارى ص ٣١٤) فإن عينه فيه فلا يكون ضامناً لأفعاله .

ويلاحظ أن المادة (٩٩) تجارى المذكورة لم تذكر التفرقة بين ذكر الوستاء بتذكرة النقل أو عدم ذكرهم . بل انفرد الشارع المصرى بذلك ، ويظهر أنه أخذها عن القضاء الفرنسى^(١) . وقد أخذ مشرع القانون التجارى العراقى بنص المادة المصرية فى المادة (٣٠٨) ونقلها حرفياً^(٢) .

وفى المادة (٣٣٣) من قانون التجارة العراقى أوضح المشرع مسؤولية الناقل فقال : الناقل مسئول عن الأخطاء والأفعال الصادرة من قبل الناقلين الذين قاموا بمقامة أو من قبل معاونيه والأشخاص الذين أودع إليهم نقل الأشياء حتى تسليم الأشياء للمرسل إليه .

== الميعاد المتفق عليه وطبيعة مسؤولية أمين النقل عقدية (دكتور على الزينى ج ٢ ص ٧٥ وما بعدها) .
وراجع استئناف مختلط فى ١٥/٥/١٩٢٤ جازيت ١٩٢٣ — ١٩٢٤ حكم رقم ٤٠٨ ص ٢٦٧ . ومحكمة القاهرة المدنية فى ٢٤/٥/١٩٢٠ الجازيت ١٩١٩ — ١٩٢٠ ص ١٨٢ رقم ٢٨٤ . وراجع فى النقل الجوى محكمة القاهرة المختلطة فى ٥/٦/١٩٤٠ الجازيت سنة ٤٠ رقم ٢٢٥ ص ٣٧٦ . وراجع أيضاً استئناف مصر فى ١٠/٢/١٩١٠ المجموعة سنة ١١ رقم ٩٢ ص ١٦٩ .

(١) عبد السلام ذهنى شرح القانون التجارى ص ٣١٤ وأحكام القضاء الفرنسى مشار إليها فى الهامش . والزينى ج ٢ ص ٩٧ .

(٢) قانون التجارة رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ .

ونقل الأشياء في سويسرا تحكمه المادة (٤٥٦) من قانون الالتزامات . وكتب « روسل » في هذا الصدد يقول : ثار النزاع على معرفة كيفية معالجة مشكلة مسؤولية الناقل . هل يسأل عن الخطأ وهل يسأل أيضاً عن القوة القاهرة ؟ وإذا كان الجواب بنعم فكيف ؟ ويستطرد إلى القول أنه قد تقرر بصورة عامة في يومنا هذا وجوب توسيع مسؤولية الناقل . وفي الواقع أن لهذا الناقل سلطة مطلقة على البضاعة التي عهدت إليه ، ومادام من الصعوبة الوصول إلى إثبات خطئه ، أورد إثباته الحادث الفجائي عليه ، فإن جميع التشريعات الحديثة قد قررت مسؤوليته حتى عن الحوادث الفجائية ما لم ترق هذه الحوادث إلى مقام القوة القاهرة .

وفي المسؤولية عن الوسطاء يقول : عند تسليم الشيء المعد للنقل إلى الناقل ، وخلال مدة النقل يسأل الناقل عن تنفيذ كل الالتزامات التي أخذها على عاتقه صراحة أو ضمناً . ولا يسأل الناقل عن تابعيه الذين يوجدون في خدمته فحسب بل يسأل عن جميع الأشخاص والوسطاء الذين يستخدمهم لغرض تنفيذ النقل ولا يهم سواء أكان الناقل يشتغل لحسابه أم لحساب الغير (م ٤٤٩ سويسري)^(١) .

وفي النقل البحري قرر المشرع المصري مسؤولية مالك السفينة عن أفعال الربان ، وهذا هو أيضاً حكم المادة (٢١٦) تجارى فرنسى . وفي المادتين (٢٤/٢٥) قرر المشرع المصري مسؤولية الربان عن أفعال هيئة الملاحة م (٢٣٩ - ٢٤٠) . تجارى فرنسى . وفي تجهيز السفينة يكون مجهز السفينة هو المسؤول طبقاً لهذه المواد عن أفعال الربان^(٢) . وتنص المادة (٣٦٠) من قانون التجارة العراقي على أنه « لا يكون الناقل مسؤولاً عن الحوادث التي يتعرض إليها المسافرين قضاء وقدر أثناء السفر ما لم يثبت أنها حدثت بفعل الناقل أو بتقصيره أو بأفعال من هو مسئول عنهم .

(١) « روسل » المرجع المشار إليه أعلاه ص ٤٨١ - ٤٨٢ .

(٢) راجع حكم محكمة استئناف اسكندرية في ١٩٥١/٤/٢٤ مجلة التشريع والقضاء ص ٩٥١

رقم ٢ سنة ٣ حكم رقم ٥٤ وريب « Ripert » القانون البحري ج ٢ نبذة ١٣٧٣ .

وراجع محمد كامل أمين ملش القانون البحري ص ٤٧٢ ج ٢ نبذة ٥٩٣ .

نقل الأشخاص :

كانت المسؤولية عن الحوادث التي تقع للأشخاص أثناء النقل وما تزال محل الخلاف في الفقه والقضاء . وقد حسم هذا الخلاف في التشريعات الحديثة فقررت مسؤولية الناقل عن الحوادث التي تقع للأشخاص أثناء النقل كالمادة (٦٨٨) لبناني مثلاً وكالمادة (٣٦٠) تجاري عراقي . وإن كان القانون المدني الألماني أقل شدة في مسألة الناقل للأشخاص بالقياس إلى مسؤولية الناقل للأشياء وهو في هذا كالقانون الإنجليزي كما يقول جنكس ففيه لا يضمن الناقل سلامة الأشخاص^(١) . ونقل الأشخاص يخضع لقواعد المسؤولية العقدية في فرنسا منذ أن صدر حكم محكمة النقض في نوفمبر ١٩١١ وقضاءها بوجود التزام بضمان سلامة المسافر على عاتق الناقل مطبقة نص المادة (١٧٨٤) التي تتعلق بنقل الأشياء على نقل الأشخاص . وقد اطردت أحكام المحاكم الفرنسية في هذا الخصوص^(٢) .

أما في مصر فالأحكام متضاربة بعضها يقول بخضوع نقل الأشخاص لقواعد المسؤولية العقدية ، وبعضها يخضعه لقواعد المسؤولية التقصيرية وهذا ما تذهب إليه المحاكم في تونس ومراكش^(٣) .

النقل المجاني .

تثير مشكلة النقل المجاني بعض الصعوبات خاصة وإن الفقه يفلسف المشكلة ويخلص منها إلى القول بعدم وجود عقد بين الناقل مجاناً وبين الشخص الذي يقوم بنقله . والقضاء يتجه إلى القول بأن المسؤولية لا تقوم إلا على أساس الفعل الخطأ^(٤) .

(١) جنكس ٥٧٧ ص ١٧٦ وراجع ماري دي فور المرجع السالف الذكر ص ٤٦ .
(٢) راجع مازو ج ١ ص ١٥٢ وما بعدها ونقص فرنسي في ١٩١١/١١/٢١ [دالوز ١٩١١ — ١ — ١٤٩ ونقص فرنسي في ١٩٢٥/١٢/٢ جازيت دي باليه ١١٢٦ — ١ — ٢٨٥ ونقص في ١٩٣١/٥/١٠ جازيت دي باليه ١٩٣١ — ٣ — ٢٠٩ .
(٣) الوسيط ص ٨١٦ وراجع أيضاً محكمة الصلح في كازابلانكا في ١٩٣٧/١/٢٧ جازيت تونس ومراكش في عدد ٢٦٣ ص ٩٣ .
(٤) الوسيط ص ٨١٦ ومازو ج ١ نبذة (١٥٢) وما بعدها .

ويذهب « لالو » إلى القول بقيام المسؤولية العقدية في حالة النقل المجاني . ويقول « جنكس » إن هذا هو حكم القانون الإنجليزي ، ويقرر بأن الناقل مسئول عن فعله وعن أفعاله مستخدمة في هذه الحالة ^(١) . وينقد البرت مونتل موقف القضاء الإيطالي في الذهاب إلى اعتبار المسؤولية التقصيرية في حالة النقل المجاني ^(٢) . وعندى أنه لا يمكن وضع قاعدة جامدة فيما يتعلق بطبيعة المسؤولية في النقل المجاني . إن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية يلزم أن يعتمد بصفه خاصة على ظروف كل حالة بعينها ، وليس ما يمنع بالطبع أن يكون النقل المجاني عقدا تتوافر فيه صفات عقد التبرع إذا ما تبين من الظروف الداخلية فيه ، كأن كان النقل لقاء أجره تافهة مثلا ، أو من الظروف الخارجية كنية الأطراف ، قيام نية التعاقد .

من هنا يتبين ما لتحديد قيام العقد من أهمية في تحديد طبيعة المسؤولية وبالتالي في تحديد مشكلة المسؤولية عن فعل الغير في هذه الأحوال .

آثار المسؤولية العقدية عن فعل الغير :

أخيراً نصل إلى نهاية المطاف في رسالتنا ونقرر أنه متى ما قامت هذه المسؤولية فإنها من حيث آثارها هي والمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى سواء ، فما هي من هذه الناحية لإفرعاً من هذه المسؤولية ولذلك تنتج من الآثار ما تنتجه المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى من حيث نوع التعويض وكيفية تقديره وطرق تنفيذه .

(١) جنكس ص ١٦٧ و « لالو » فقرة ١٨٧ ص ١٢٢ .

(٢) مجلة القانون المدنى الفرنسى الفصلية ١٩٣٥ ص ٩٧٩ .

الخاتمة

ما من شك في أن مشكلة المسؤولية العقدية قد لعبت وستلعب دوراً كبيراً في القانون المدني ، فهي الوسيلة إلى تنظيم المعاملات واستقرارها وتطورها . وإذا كان هدف العقوبة في القانون الجنائي هو إقامة التوازن الاجتماعي ، فالمسؤولية إنما تهدف إلى إقامة التوازن الاقتصادي بين الطرفين ، هذا التوازن الذي هو ركن خطير من أركان التوازن الاجتماعي .

ومسألة هذا حظها من الخطورة يجب أن تحظى بعناية الفقه والقضاء والمشرع . وعلى قدر التوفيق في معالجتها وأعمال الفكر فيها وإيجاد الحلول التي تتلائم مع منطق التطور الاجتماعي المنعكس في نصوص القانون ، يتحقق الغرض المنشود من هذه المسؤولية .

وقد أخذنا على عاتقنا المساهمة في بحث مشكلة المسؤولية ببحث جانب خطير منها هو المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وإذا كانت كل مسؤولية إنما تقوم على ركن الخطأ الذي هو عنصر أصيل فيها ، فإن المسؤولية العقدية عن فعل الغير كما بينا ، تقوم على أساس الضمان القانوني الذي يفرض بالنص المنشئ لهذه المسؤولية . ولقد أوضحنا ما هو الخطأ التعاقدى ، وذهبنا مع مشرع القانون المدني الجديد ، والراجع من الفقه والقضاء إلى أنه عبارة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى . ومتى ما تحقق عدم التنفيذ تحقق الخطأ . ولا يستطيع المدين أن يتخلص من عبء المسؤولية إلا إذا أثبت انقطاع علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي لحق الدائن .

ومن هنا خالصنا إلى الفرق بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير وبين المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى .

وبعد أن بحثنا تاريخ مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، توصلنا إلى أن هذه المسألة قد عرفت بتطبيقاتها البسيطة منذ عهد القانون الروماني ، وقد

عرفتها الشريعة الإسلامية في بعض تطبيقاتها أيضاً ، في فقه بعض فقهاءها . كما عرفها القانون الانجليزي أيضاً على هذه الصورة . ويهمننا أن نوضح أن مشكلة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، تتطور وفقاً للتطور الصناعي بصورة طردية ما دامت الأسس الاقتصادية في كل دولة ، وما دامت أساليب الإنتاج فيها هي الأسس التحتية Sub-structure للأنظمة الفوقية Super-structure^(١) فالتطور الاقتصادي بتعقيده ، يجب أن يعكس تطور مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، لأن هذه المسؤولية ترتبط بالصناعة وبالمشروعات العامة ارتباطاً وثيقاً . ولعلنا من الميسور أن نلاحظ أن تنفيذ الالتزامات على النطاق الواسع في عصرنا الحاضر ، لا يتم على الصورة البدائية التي كان يتم بها في العصور القديمة ، أو في العصور الوسطى . إن الملتزم اليوم ليرجع إلى أشخاص آخرين غيره ليساعده ، أو ليقوموا مقامه في تنفيذ الالتزام .

ولذلك فقد اضطر المشرع في العصور الحديثة إلى تسجيل النص العام ، الذي يحكم المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وما عاد يكفي إيراد النصوص المتفرقة الجزئية التي تعالج هذه المسألة . فجاء المشرع الألماني بالنص المشهور في المادة ٢٧٨ ، وكذلك فعل مشرع قانون الالتزامات السويسري م (١٠١) وسار على أثره مشرع القانون البولوني .

وما كان للمشرع في مصر أن يفعل غير هذا ، فجاء التقنين الجديد حاوياً لنص يشير إلى المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ولكن هذا النص جاء معبراً مع الأسف عن تردد المشرع في إعلان رغبته الصريحة في الأخذ بهذا المبدأ . فلم يجرأ واضع القانون المدني الجديد على إيراد نص المادة ٢١٧ ف ٢ على الشكل الذي يحسم الأمر حسماً تاماً بنص قاطع صريح في الدلالة على ما يريده من تقرير مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ونأمل أن تجيء الفرصة مسرعة سائحة أمام المشرع حتى يعدل

(١) نقصد بذلك أن أساليب الإنتاج التي تقوم على أساس اقتصادي معين ، هي التي تمكن تآلور الأنظمة القانونية وسائر الأنظمة الاجتماعية الأخرى ويكون الأساس الاقتصادي هو أساس البناء لما يقوم فوقه من هذه الأنظمة الاجتماعية .

النص واضعاً الأمر في نصابه الصحيح بإيراد نص قطعي للدلالة على هذا المبدأ .
ويقوم مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، على أساس الضمان القانوني الذي يفرضه المشرع بنص القانون كما قلنا ، وليس من أساس غيره .
يصلح سنداً يقوم عليه هذا المبدأ ، فالنظريات المختلفة المتضاربة لم تنجح في الوصول إلى الأساس الحقيقي . وكان من نتائج هذا الرأي أن أنكرنا إمكان قيام مبدأ عام في التشريعات التي لم يرد فيها نص عام يحكم جميع أحوال المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وإذا كان هذا مما يقتضيه منطق القانون بحسب مبادئه وقواعده العامة ، فإن الأمر ليس من الصعوبة العملية بحيث يعوق مسؤولية المدين من أن تتحقق ، فبالوسائل الفنية من تفسير ومن اكتشاف الضمان العقدى ومن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، يمكن أن نصل تقريباً إلى نفس النتائج التي قد نصل إليها بتطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير .
وإذا تحررنا وجه العلاقة بين كلا الوضعين من أوضاع المسؤولية العقدية والتقصيرية ، رأينا أن الرأي السليم هو الذي يقرر أن طبيعة المسؤولية واحدة في كلا الوضعين ، ككلاهما تقوم على نفس الأركان من خطأ وضرر ورابطة السببية .
وأن المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، هما في الطبيعة سواء كذلك ، تقوم ككلاهما على الضمان . وإذا كان من الواضح أن الطبيعة واحدة ، فإن هذا لا يقدح في وجود اختلافات عملية فرعية اقتضتها الظروف في كل حالة : قيام العقد في الأولى ، وانعدامه في الثانية ، وما يترتب على ذلك من آثار . ومن هنا نشأت نظرية الخيرة التي أيدها بعض الفقهاء ، ويذهب الراجح من الفقه والقضاء الآن إلى عدم الأخذ بها نظراً للاختلافات (العملية) التي يختلف فيها وضع المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية ، ومن هنا نشأت مشكلة شروط الإعفاء ، والراجح الآن أن الإعفاء جائز في المسؤولية العقدية ، وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير ، ولا يجوز هذا في المسؤولية المقابلة .

وإذا استقام مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير مستقلاً عن مبدأ المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، يصير بحث المجال الخارجى أو الحدود

الخارجية لهذا المبدأ ضرورياً . وقد اختلف الرأى فى ألمانيا وسويسرا حول هذه المسألة ، ولقد قلنا مع الراجح من الفقه والقضاء أنه لا مجال فى مضر وفرنسا لتطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير فى فترة تكوين العقد .

وطبيعى أن لا مسؤولية عن فعل الغير بعد انتهاء العقد إلا إذا أبقي العقد بعد انتهائه بعض الترامات فى ذمة المدين .

يبقى المجال الطبيعى إذن لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير محصوراً فى أثناء تنفيذ الالتزام التعاقدى .

ويحتاج تطبيق المبدأ شروطاً أولها قيام العقد صحيحاً نافذاً ، وهنا تثار مسألة ثان دقيقتان الأولى فى نطاق تطبيق المسؤولية العقدية عن فعل الغير وقد رأينا أن بعض الفقهاء فى سويسرا وألمانيا يذهبون إلى شمول نصوص القانون الألمانى والسويسرى لبعض الأحوال من المسؤولية الناشئة عن الأثر بلا سبب والفعل الضار ، ولقد ذهبنا إلى أن القانون المصرى يقصر فى الظاهر تطبيق المسؤولية العقدية على أحوال العقد فحسب .

والمسألة الثانية هى فى مضمون العقد وما يحتويه من التزامات وعلاقة ذلك بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير إذ تتسع هذه أو تضيق بقدر ما يتسع له العقد أو يضيق عنه من التزامات .

وثانى الشروط هو وجوب تجرد المتعاقد نفسه من ارتكاب الخطأ مع وجوب ارتكاب الغير الذى يسأل عنه المدين للخطأ التعاقدى ، وقد بينا أن الخطأ التعاقدى للغير يجب أن يقاس بنفس مقياس الخطأ التعاقدى للمدين .

والشرط الثالث هو وجوب أن يعهد المدين إلى الغير بتنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتقه أو أن يمارس الغير حقاً من حقوقه التى اكتسبها بالعقد .

ولمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير حدود داخلية من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص . فن حيث الموضوع جرى التساؤل عن هل يسأل المدين إذا ما تدخل الغير فى أثناء نفس التنفيذ فحسب أم يسأل أيضاً إذا ما تدخل بمناسبة هذا التنفيذ . وقد جربنا على الرأى الذى يذهب بحق إلى أن المدين

مستول عن فعل تابعه متى كان هذا الفعل الذى أدى إلى الضرر قد نشأ نتيجة للقيام بتنفيذ الالتزام العقدى أو نتيجة لامتناع عن القيام به .

ومن حيث الأشخاص يسأل المدين على العموم عن فعل كل شخص له معه علاقة خاصة بموضوع الالتزام محل المسؤولية . والشخص المعنوى كالشخص الطبيعى سواء بسواء من حيث تطبيق مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

وإذا تحققت مسؤولية المدين عن فعل أحد هؤلاء الأشخاص الذين يسأل عنهم فيجوز له الرجوع عليه لأنه فاعل الضرر المباشر .

ومن أظهر التطبيقات لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير . ما جاء فى الإيجار وعقود المقاولة والوديعة وعقود النقل . هذه التطبيقات التى اختتمنا فيها دراستنا للمسئولية العقدية عن فعل الغير التى إذا ما أقيمت فإنها فى الآثار ، هى والمسئولية العقدية عن الفعل الشخصى سواء لأنها بهذا الاعتبار فرع من هذه المسئولية الأخيرة .

المراجع باللغة العربية

- (١) أحمد حشمت أبوسنتيت : نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى .
- (٢) أحمد زكى الشيبى : مذكرة فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى الجديد القاهرة ١٩٤٩ .
- (٣) بهجت بدوى : أصول الالتزامات .
- (٤) السنهورى : نظرية العقد فى القانون المدنى المصرى .
- (٥) ، : الوسيط .
- (٦) ، : عقد الإيجار .
- (٧) سليمان مرقص : رسالة القاهرة ١٩٣٦ ، نظرية دفع المسؤولية المدنية .
- (٨) ، ، : الفعل الضار القاهرة ١٩٤٧ .
- (٩) ، ، : عقد الإيجار الطبعة الثانية ١٩٥٣ .
- (١٠) عبد الفتاح عبد الباقي : محاضرات فى العقود الصغيرة .
- (١١) عبد السلام ذهنى : شرح القانون التجارى .
- (١٢) على الزينى : ، ، ، .
- (١٣) مصطفى مرعى : المسؤولية المدنية .
- (١٤) محمد كامل أمين ملش : شرح القانون البحرى .
- (١٥) محمد على عرفة : شرح العقود الصغيرة .

المراجع فى الشريعة الإسلامية

- (١) أحمد أبو الفتح : المعاملات الشرعية .
- (٢) على الخفيف : دروس فى الحق والذمة على طلبة قسم الدكتوراه . ١٩٤٨ - ١٩٤٩ .
- (٣) محمد زكى عبد البر : رسالة القاهرة نظرية تحمل التبعة فى الشريعة الإسلامية ١٩٥٠ .

- (٤) شفيق شحاته : رسالة القاهرة النظرية العامة للالتزام في الفقه الإسلامي
- (٥) المبسوط : للسرخسي .
- (٦) القواعد : لابن رجب الحنبلي .
- (٧) مفتاح الكرامة في فقه الإمامية للسيد محمد جواد العامل .
- (٨) المنتزع المختار في فقه الأئمة الأطهار (فقه الزيدية) لأبي الحسن بن مفتاح
- (٩) الكاساني : بدائع الصنائع
- (١٠) شرح الزيلعي على الكنز .
- (١١) مجمع الضمانات للبغدادي
- (١٢) ابن عابدين : رد المختار في الدر المختار .
- (١٣) مجلة الأحكام العدلية
- (١٤) فتح القدير للكمال بن الهمام
- (١٥) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس .
- (١٦) الأم للإمام الشافعي
- (١٧) نهاية المحتاج في شرح المنهاج .

المراجع باللغة الفرنسية

- Abel : La responsabilité des médecins - thèse Nancy 1936.
- Ahmed Zaki AL - Chiati : La formation du Contrat et son interprétation dans le nouveau code civil égyptien.
- Amiot, Max : Exposé sur la faute contractuelle - thèse dactylographiée, Paris 1945.
- Aubry et Rau : Cours de droit civil français 5^e édition, Paris.
- Baudry - Lacantinerie et Barde : Traité des obligations 2^e édition, Paris.
- Bequé, Emile : De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Revue trimestrielle de Droit civil, 1914, P. 251 et s.
- Bahgat Badaoui : La responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés - thèse Paris 1929.
- Bertrand, Edmond : Le préposé moderne - thèse Aix 1935.
- Bezzola : La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation - thèse Genève 1937.
- Bonnet, Emile : La responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle - Revue critique. 1912, pp 418 et s.
- Brun, André : Rapports et domaines de la responsabilité contractuelle et délictuelle - thèse Lyon 1931.
- Corbesco : De la représentation - thèse Paris 1913.
- Capitant, Henri : Les effets des obligations, Rev. trim. 1932.
- Dallant, René : La notion de préposé dans l'art. 1384 - thèse, Poitiers 1927.
- Dallant : La responsabilité du sous-locataire du fait de sa maîtresse - Dalloz 1928—1—99 et s.
- Demogue, René : Traité des obligations en général 7 vol. Paris 1925.
- Demogue : La responsabilité du transporteur Rev. trim. 1932, pp. 148. et s.
- Demogue : La responsabilité du patron - Rev. trim. 1929.
- « : La responsabilité du locataire - Rev. trim. 1933.

Domat ; Les lois civiles - 3 vol. Paris.

Dufлот : La responsabilité civile des médecins - thèse Paris 1937.

Dufort, Marie Madeleine : La responsabilité contractuelle dans le Code Libanais des obligations et des contrats - thèse Paris 1937.

Durand, Paul : Les conventions d'irresponsabilité - thèse Paris 1931.

Esmein : Les clauses de non-responsabilité, Rev. trim. 1926,

Esmein : Les principes de la responsabilité Rev. trim. 1932.

Esmein : Trois problèmes de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. 1934.

Esmein : Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. Rev. trim. 1933. pp. 627 et s.

Esmein : Note D. H. 1934 ch. - pp. 55 et s.

Flour, Jacques : Les rapports de commettant et préposé dans l'article 1384 - Dalloz 1934 Paris.

Funck : Commentaire du Droit fédéral des obligations, édition Paris 1930.

Gardenat et Salmon-Ricci : De la responsabilité civile, Paris 1929.

Girard : Les "torts" dans le Droit anglais - éd Sirey, Paris.

Grandmoulin : De l'unité de la responsabilité : thèse Rennes, 1892.

Huguency, Louis : Note Sirey 1915-1-113 et s.

« : « « 1921-2-1 et s.

« : « « 1925-1-97 et s.

Jenks : Digeste du Droit civil anglais, Paris.

Josserand : Cours de Droit civil positif, éd. Paris.

« : De l'esprit des Droits et de leur relativité, Paris.

« : Préface à la thèse d'André Brun - thèse précitée.

« : Cas de force majeure et cas fortuit, Rev. Gén. d'assurance et responsabilité (belge) 1930, pp. 472 et s.

Josserand : Note D. H. 1934 ch. pp. 25 et s.

Lalou : Traité pratique de la responsabilité civile éd. 1943. et 1949 Paris.

Lalou : Note D. H. 1928 ch. pp. 69 et s.

« : Note D. H. 1939 ch. pp. 13 et s.

Lévy, Emmanuel : Responsabilité et Contrat, - Rev. crit. 1^{re} s. pp. 161. et s.

Lehr : Éléments de droit civil anglais, Paris.

Lévy - Ulman : Cours de droit civil approfondi, 1926-27. Paris.

Marton : Obligations de résultat et obligations de moyen - Rev. trim. 1935 pp. 499. et s.

Mazeaud, Henri et Léon ; Traité de la responsabilité civile 3^e et 4^e éd. Paris.

Mazeaud, Henri ; Essai de la classification des obligations, Rev. trim. 1936. pp. 1 et s.

Meigné, Maurice : Responsabilité et contrat - thèse Lille 1924.

Montel Alberto : Note, Rev. trim. 1932 pp. 1017 et s.

Morcos Soliman : Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile - thèse, Le Caire 1936.

Morcos Soliman : Le louage de choses, Le Caire 1947.

Niboyet : Cours de droit civil approfondi 1929 - 30

De Page : Traité pratique des obligations en droit belge, Bruxelles.

Pilon : De la représentation - thèse Caen, 1897.

Pianiol : Traité élémentaire de droit civil, éd 1943.

« ; Etudes sur la responsabilité civile, Rev. crit. 1905 pp. 277. et s.

Pianiol : « « « « « « « 1909

« : « « « « « « « 1911

Popesco-Ramniceano ; De la représentation - thèse Paris 1927.

Roubier : Essai sur la responsabilité contractuelle thèse Lyon, 1911.

Rossel : Manuel de droit fédéral des obligations, Genève éd, 1920.

Ranjard : La responsabilité civile dans Domat - thèse dactylographiée, Paris 1943.

Renaud : La responsabilité contractuelle du fait d'autrui - thèse Paris 1923.

Ripert : La règle morale dans les obligations - Paris 3^e éd.

Saintelette : De la responsabilité et de la garantie - thèse, Bruxelles - 1884.

Saleilles : Etude sur la théorie de l'obligation d'après le premier projet du code civil allemand, Paris 1925.

Savatier, René : Traité de la responsabilité civile, Paris 1949.

« « : Cours de droit civil Paris 1939.

Stéfani, Gaston : Cours de droit approfondi : la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. 1948-49.

Stéfani Gaston : l'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle : Le Caire 1948-49.

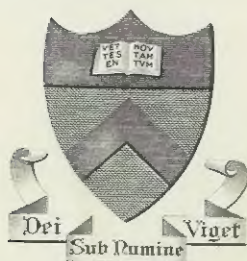
Sourdat : Traité général de la responsabilité Paris, 1911.

Tunc, André : Force majeure et absence de faute, Rev. trim. 1945. pp. 235 et s.

Van Ryn : Responsabilité aquilienne et contrat, thèse d'agrégation, Bruxelles 1933.

Wigny : Responsabilité contractuelle et force majeure. Rev. trim. 1935 pp. 19 et s.

Library of



Princeton University.

Princeton University Library



32101 074326313